B
206

ÜBER DAS TRAGEN DER GEFAHR BEIM GENUSKAUFE.

INAUGURAL-DISSERTATION

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER

JURISTISCHEN FACULTÄT HIESIGER UNIVERSITÄT

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

AM FREITAG, DEN 2. JULI 1880, MITTAGS 12 UHR

IN DER AULA LEOPOLDINA

ÖFFENTLICH VERTHEIDIGEN WIRD

ACAD.
LUGDUNAT
BIBL.

LUDWIG FLATAU,
OBERLANDESGERICHTS-REFERENDAR.

OPPONENTEN:

MAX NEUMANN, OBERLANDESGERICHTS-REFERENDAR.
ERNST SCHMIDT, OBERLANDESGERICHTS-REFERENDAR.
REINHOLD SCHULTZ, OBERLANDESGERICHTS-REFERENDAR.

BRESLAU.
DRUCK VON GRASS, BARTH & COMP. (W. FRIEDRICH.)

SEINEN LIEBEN ELTERN

IN DANKBARKEIT ZUGEEIGNET

VOM

VERFASSER.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0089

Über
das Tragen der Gefahr beim Genuskaufe.

Vorbemerkung.[1])

Die Thatsache, dass zwischen Abschluss und Vollzug des Kaufvertrages ein Zeitraum liegt, während dessen, er sei nun grösser oder geringer, durch Einflüsse, die von den Parteien unabhängig sind, Verschlechterung und Unter-

[1]) Bei dieser Arbeit sind die folgenden Schriften mehr oder weniger berücksichtigt worden: Joh. Friedr. Ludwig Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Göttingen 1843. — Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1869. — v. Vangerow, Leitfaden für Pandecten. Vorlesungen. 7. Aufl. 1863–69. — Puchta, Pandecten. 11. Aufl. Leipzig 1872. — Puchta, Lehrbuch der Institutionen. 8. Aufl, Leipzig 1875. — Seuffert, Praktisches Pandectenrecht. 4. Aufl. Würzburg 1867. — Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts. 4. Aufl. I. Band, 1875. II. Band, 1875. III. Band, 1878. — Arndts Lehrbuch der Pandecten. 9. Aufl. Stuttgart 1877. — Baron, Pandecten. 2. Aufl. Leipzig 1876. — Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin 1866. — Holzschuher-Kuntze, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, III. Band. 3. Aufl. Leipzig 1864. — Thöl, Handelsrecht. 5. Aufl. Göttingen 1875—1876. — Goldschmidt, Handelsrecht. Erlangen 1868. — Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin 1873. — Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Band I u. II. Halle 1877. — C. Fuchs, De periculo in contractibus innominatis praestando. Diss. Inaug. Marburgi 1851. — C. Fuchs, Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen. Archiv

gang die Waare treffen kann, diese Thatsache veranlasst die Frage, wann und wie und welche der beiden Personen, die in rechtlicher Beziehung dem Kaufgegenstande gegenüberstehen, — ob der Käufer oder der Verkäufer die Gefahr und den Schaden eines solchen Untergangs, einer solchen Verschlechterung, einer solchen Verminderung zu fühlen habe.

Wenn die Waare den Parteien in individueller Bestimmtheit beim Abschlusse bereits vorlag, dann kann für das römische Recht der Zweifel nur in Hinsicht der Anwendungen eines Satzes stattfinden, der als solcher selbst nicht — oder doch nicht mehr — in Frage gestellt wird.

Ist dagegen beim Abschlusse von den Contrahenten nur eine Beschreibung des Kaufobjectes, der Zahl und genaueren oder ungenaueren Merkmalen nach beliebt worden, das will sagen, ist ein Genuskauf geschlossen, dann zeigen Theorie wie Praxis des gemeinen Rechtes nicht einmal über das Princip diejenige Sicherheit, die im dringenden Interesse der Rechtspflege zu wünschen ist.

Es soll nun der folgenden Erörterung dieses Punktes der Gang vorbezeichnet sein:

---

f. civ. Praxis, Band 34, Heft 13. Heidelberg 1851. — C. Georg v. Wächter: Über die Frage: wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv f. civ. Praxis. Band 15, Heft 1, S. 97. — Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Band I u. Band III. Braunschweig 1853—1855. — Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte. Nr. I und Nr. II Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band III und IV. — Bekker, Zur Lehre vom Genuskauf. Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts, Band V. 1862. — Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskaufe. Archiv für civ. Praxis, Band 49, Heft 2. — Schirmer, Zur Lehre vom periculum und casus bei Obligationen. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Band X, S. 70. — Hofmann, Periculum beim Kauf. Wien 1870. — Martinius, Mehrfacher Verkauf derselben Sache. Diss. Inaug. Halle 1873. — Regelsberger in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. XIII, S. 26. — Goose, Die Lehre vom casus. Jahrbücher für Dogmatik, Bd. IX. — Stintzing, Necessario sciendum est, quando sit perfecta emtio. Jahrb. f. Dogmatik, Bd. X. — Bruck, Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. Berlin 1874.

Zunächst wird nach kurzen Bemerkungen über Kauf und Genuskauf eine gedrängte Übersicht der geschichtlichen Entwickelung des Genuskaufes im römischen Rechte folgen. (I.)

Sodann wird das Wesen des Genuskaufes im heutigen Rechte erörtert und durch Vergleichung anderer Arten des Kaufes bestimmter bezeichnet werden. (II.)

Es wird ferner die Frage zu beantworten sein: was ist Tragen der Gefahr? (III.)

Der nächste Abschnitt soll die einzelnen Ansichten wiedergeben, wie sie bislang über das Tragen der Gefahr beim Genuskaufe aufgestellt worden sind. (IV.)

Das Resultat ist dann zu fixiren. (V.)

Der Einfluss der mora des Käufers auf das periculum wird einen nächsten Abschnitt beschäftigen. (VI.)

Als Anhang sollen dann die neueren Codificationen vergleichend herangezogen werden. (VII.)

I.

Allgemeines und geschichtliche Einleitung.

§ 1.

Der Kaufvertrag ist ein Consensualvertrag, dessen Inhalt: Umsatz von Waare gegen Geld.

Der Käufer verspricht, Geld gegen Waare, der Verkäufer, Waare gegen Geld zu leisten.

Kaum in einem anderen obligatorischen Rechtsverhältnisse tritt die Natur des obligatorischen Rechtes, die vermittelte Herrschaft über einen Sachwerth zu geben, in gleicher Deutlichkeit, als beim Kaufe, hervor. Eine Fülle der mannigfachsten Operationen des wirthschaftlichen Lebens wird denn auch in dieser Rechtsform des Kaufes vorbereitet und erfüllt; in Kauf und Verkauf vollzieht sich fast die gesammte Vertheilung der Güter, und einen so bedeutenden

Raum nimmt im Rechtsverkehre der Kaufvertrag ein, dass die Sprache des Lebens in gleichem Verstande verkaufen und veräussern nimmt.

Ausgehend von sinnlich wahrnehmbaren Gegenständen der Körperwelt, hat der Kauf in steigender Erweiterung schliesslich als Object ergriffen: alles was nicht dem Rechtsverkehre entzogen ist: körperliches und unkörperliches, gegenwärtiges und zukünftiges, eigenes und fremdes. Die Grenzen seiner Anwendbarkeit auf Vermögenswerthe sind die Grenzen des Rechtsverkehres überhaupt.

Die nämliche Steigerung vom Concreten, Sinnlichen zum Abstracten, Gedachten zeigt die Entwickelung des Kaufes in Ansehung der Bestimmung und Bezeichnung der Waare.

Die ursprüngliche Gestalt des Kaufes wohl in jedem Rechte verlangt, dass Käufer und Verkäufer angesichts der concreten Waare verhandeln: dass der Verkäufer die Sache, wie sie hier vorliegt und wie er sie hier ergreift, dem Käufer übermittele.

Die Nothwendigkeit einer derartigen Bestimmtheit ist nun aber schon dem entwickelteren Rechtsverkehre fremd geworden. Die Parteien lassen es hier daran genügen, dass die Quantität, die Zahl, das Maass der Kaufgegenstände fixirt werde; und dass etwa durch einige Merkmale, genauer oder ungenauer, die Beschaffenheit angedeutet sei. — Dass selbst diese letztere Bestimmung der Qualität gerade nichts unerlässliches sei, ist bekannt; im modernen Handelsverkehre wird nicht nur bestellt: fünf Ballen russischen Hanf, Mittelsorte, mittelstark: hier genügt es schon einfach fünf Ballen russischen Hanf zu offeriren.[2]) Nicht der Kaufgegenstand selbst liegt alsdann beim Abschlusse vor, nur die Beschreibung desselben.

Diese Form des Kaufes wird technisch Genuskauf genannt.

Hält man den wirthschaftlichen Charakter dieses Genuskaufes neben den des Specieskaufes, so hat die abstracte

[2]) Art. 335. A. D. H.-G.-B.: „Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren."

und jüngere Form zunächst einen Vorzug in der gesteigerten Sicherheit der Erfüllung: ein Vorzug, welcher namentlich, wo Abschluss und Erfüllung zeitlich nicht unbedeutend auseinanderliegen, kein blos theoretischer ist. Indem der Genuskauf das Gebiet erweitert, aus dem die species zu wählen ist, vergrössert er die Zahl derjenigen Individuen, welche Waare sein können, verringert er die Möglichkeit, dass die Realisirung des Kaufes durch Untergang der Objecte verhindert werde. Nicht, als ob diese Sicherheit eine absolute wäre; daran ist nicht zu denken trotz des älteren Sprichwortes: genus perire non censetur: aber dieselbe wird gesteigert, je grösser das genus, je allgemeiner die Merkmale der zu leistenden Waare gegeben sind. Wegen dieser grossen, auf lange Zeit hinaus wirkenden Wahrscheinlichkeit der Realisirung ist der Genuskauf vorzüglich geeignet zu den complicirteren, selbst für Jahre berechneten Operationen des Grosshandels.

Ebenso ist dem Genuskaufe im Vergleiche zum Specieskaufe eigen die grössere Schnelligkeit und Promptheit des Abschlusses, eine gewisse Versatilität, wie sie ja stets dem mehr abstracten und gedachten zukommt, und wie dieselbe ebenfalls namentlich im Handelsverkehre geschätzt und gefordert werden muss.

Man vergleiche die Zeit, welche es verlangt, einen Specieskauf über diese einzelnen tausend Ballen Hanf abzuschliessen mit den wenigen Worten der generellen Offerte und Acceptation! — Der Zwischenhandel wäre bei manchen Waarengattungen praktisch unmöglich, wenn der Zwischenhändler die Waare in specie verkaufen, sie in specie vorräthig halten müsste: während es einfach heut genügt, dass er die generelle Bestellung als generelle Kaufofferte nach dem Bezugslande übermittele.

Andererseits steht der Schnelligkeit des Abschlusses, der gewisseren Erfüllung die Unsicherheit über die Beschaffenheit der Stücke im Einzelnen gegenüber. Je gewisser ist, dass geleistet werde, je ungewisser ist, was und wie geleistet werde: je mehr ist die Qualität der Waare im einzelnen der Bestimmung durch individuelles Gefallen des Käufers

entzogen. In dem weiteren Gebiete treten die Individuen zurück, in ihren Eigenschaften weiter auseinander. Die Varietät unter der gelieferten Waare darf und kann beim Genuskaufe eine ganz ausserordentliche sein. Damit ist für die wirthschaftliche Anwendbarkeit des Genuskaufes eine innere Begrenzung bezeichnet: er wird auf diejenigen Verhältnisse zu beschränken sein, für welche die individuelle Beschaffenheit der einzelnen Stücke zurücktritt hinter den gemeinsamen Gattungseigenschaften. Namentlich also beim Kaufe vertretbarer Güter wird die Form des Genuskaufes mit Vortheil angewendet werden können; selbstverständlich, ohne dass eine begriffliche Beschränkung auf diese Waaren anzuerkennen ist. Hier überwiegen eben schon, der Natur der Waare nach, die Vortheile der abstracten Form: in anderen Verhältnissen, wo dem Kauf ein individuelles Gepräge durch den individuellen Willen, durch das individuell persönliche Bedürfniss des Käufers aufgeprägt ist, da wird auch eine entwickelte Zeit die Form des Specieskaufes mit der festen Bestimmtheit vorziehen müssen.

Was nun das Auftreten des Genuskaufes im römischen Rechte belangt, so war hier die älteste Form des Kaufvertrages die mancipatio. Diese Gestaltung musste ihrer Natur nach eine nur abstracte Bezeichnung der Waare beim Abschlusse und damit das eigenthümliche Wesen des Genuskaufes ausschliessen.

Die Form der mancipatio war den Peregrinen verschlossen; sie war unwirksam, wo res nec mancipi die Gegenstände des Kaufes bildeten. Für diese Fälle fand man, ehe der Kauf nudo consensu klagbar war, in Stipulationen das geeignete Auskunftsmittel; ähnlich, wie das moderne Leben die Einhaltung heikler und vom Rechte nicht anerkannter Versprechungen durch die abstracte Form des Wechsels erzwingt. Dass wir die Anwendung genereller Kaufstipulationen als bei den Römern zulässig und gewöhnlich ansehen dürfen, wird nicht geleugnet werden.

Ob die Rechtsgestalt des Kaufvertrages weitere Zwischenstadien durchgemacht habe, bis derselbe, entweder zur Zeit des Plautus schon, oder erst am Ende der Republik als

reiner Consensualvertrag die Klagbarkeit erlangte, — dieses ist mit positiven Zeugnissen nicht zu begründen und nicht zu widerlegen. Dass ein solcher nudo consensu geschlossener Kaufvertrag auch nur generisch bezeichnete Objecte wirksam ergreifen konnte, wird von der Mehrheit der Schriftsteller und mit Fug bejaht.[3])

Wir finden demnach in der ersten Phase des Kaufvertrages, der mancipatio, Gebundenheit der Form und Gebundenheit des Inhaltes an die concrete Bestimmung der Waare: wir finden in der zweiten Phase, der Kaufstipulation, Gebundenheit der Form und Freiheit, Abstraction des Inhaltes: wir finden in der letzten Phase Freiheit der Form und Freiheit des Inhaltes.

Diese endliche Gestaltung, der Consensualvertrag, dessen Inhalt: Umsatz von generell bestimmter Waare gegen Geld: ist Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung.

---

[3]) Fick im Archiv f. Wechselrecht IX. S. 371 ff. hat es geläugnet, und auch Goldschmidt, Z. f. Handelsrecht, III. S. 302 äussert sich bedenklich: „Sehr wahrscheinlich haben die Römer den Kauf über ein genus als formlosen Consensualvertrag nicht gekannt."

Wenn wir diese Behauptung für begründet erachten dürften, so würde damit freilich die Zweifelhaftigkeit der für unser Thema angezogenen Gesetzesstellen, auf die weiter unten zurückzukommen, hinreichend erklärt sein. Indessen ist dawider von Bekker S. 371 gegen Fick treffend bemerkt worden, dass nicht einzusehen sei, warum diese Unbestimmtheit des Kaufgegenstandes für ein negotium stricti juris, die Stipulation, zugelassen wurde, wenn sie bei einem bonae fidei negotium Ungültigkeit der Abrede zur Folge gehabt hat.

Es stimmt die gegentheilige Meinung doch auch wenig mit der Entwickelung des Rechtsgeistes überhaupt, der trotz seiner stets ausgeprägteren Richtung zur Abstraction den Fortschritt, wie einen solchen die Klagbarkeit des formlosen Kaufvertrages in dieser Beziehung aufweist, hier durch einen Rückschritt ausgeglichen hätte, wie solcher im Erfordernisse concreter Bezeichnung des Objectes läge, im Vergleiche zu der generellen Kaufstipulation.

II.

Natur des Genuskaufes.

§ 2.

Genuskauf im Besonderen.[4])

Ein Genuskauf liegt vor, wenn der Kaufgegenstand von den Parteien vorläufig nur in genere bestimmt worden ist; nur nach Qualität und Quantität, nur nach Merkmalen fixirt wurde.

Das Auszeichnende des Genuskaufes ist danach nur die eigenthümliche Weise, das Object zu bestimmen. Die zu leistende Sache wird vorläufig selbst noch nicht ins Auge gefasst: es wird ein Kreis von Individuen durch bestimmte Merkmale abgegrenzt, aus welchen heraus die, vorläufig noch unbestimmte Waare auszuwählen sein wird.

Die in dieser Weise bezeichnete Waare braucht nicht nothwendig ein einziges Individuum zu sein; es können mehrere Individuen, es kann eine Menge Individuen sein.

Man hat sich davor zu hüten, dass nicht Individuum und species als gleichbedeutend genommen werde. Mit dem Worte species wird die Bezeichnung der Waare ausgedrückt, mit dem Worte Individuum eine Beschaffenheit der Waare. Es kann einen Specieskauf mehrerer Individuen, es kann einen Genuskauf geben, bei dem ein Individuum sich als Waare darstellt. — Die Warnung ist aus einem naheliegenden Grunde nicht überflüssig, indem die generischen Quantitätskäufe im Rechtsverkehre weitaus in der Majorität sind: derart, dass man ehedem nicht den durchgreifenden Unterschied zwischen Genuskauf und Mengekauf festgehalten hat, vielmehr als besondere Art der Kaufverträge nur diejenigen anmerkte, bei denen die Waare gemessen wird. Darüber soll ein Mehreres später gesagt werden.

Es ist demnach ein Genuskauf über ein Individuum, wenn die Parteien abschliessen über: ein litthauisches Pferd,

---

[4]) Thöl, Handelsrecht, I. § 73. Goldschmidt, Handbuch, 2. Abth. § 61. S. 537 ff. Ihering, Beitrag II. S. 399 ff. Hofmann, § 41 S. 118 ff. Bekker S. 365. 366. Regelsberger S. 186.

schwarzer Farbe, fünf Zoll hoch; es ist ein Specieskauf, über mehrere Individuen wenn der Verkäufer diese 10 Säcke Getreidemehl, diese 10 Fässer Johannisberger, diese vier Rappen verkauft.

Von Einigen wird bezüglich der generischen Bestimmung des Objectes ein Unterschied danach angenommen, ob der Kreis von Gegenständen mehr oder weniger eng sei, aus welchem die species zu leisten ist; wie Thöl sich ausdrückt, ob das genus übersehbar oder nicht übersehbar ist; wie Bekker meint, ob das genus, aus dem zu leisten, noch als certum angesehen werden könne. Goldschmidt [5]) führt für den letzteren Fall eine eigene Art von Kaufverträgen ein: die bedingt-generischen Kaufverträge. Dernburg [6]) wehrt sich entschieden dagegen, dass man in diesem Falle, also wenn aus einer bestimmten Quantität (die, wie wir freilich sagen, eben in concreto das genus bildet) eine geringere verkauft werden soll, etwas, wie eine generische Obligation, annehme: hier sei weder eine alternative, noch eine generische Obligation vorhanden, sondern ein besonderes und eigenthümliches.

Wir werden wohl nicht irren, wenn wir mit Ihering und Windscheid, denen sich die überwiegende Menge der Autoritäten anschliesst, einen solchen Mischbegriff für überflüssig halten. Der Gegenstand einer Obligation kann eben entweder concret bestimmt werden oder aber nach Merkmalen; und wenn er nicht als species ins Auge gefasst ist, sondern nur nach Merkmalen qualificirt wurde, dann liegt eine generische Obligation vor, mag man auch die Merkmale noch so sehr häufen.

Vom logischen Gesichtspunkte bleibt eine unübersteigbare Kluft zwischen den beiden Begriffen des Specieskaufes einerseits und des Genuskaufes andrerseits. Dort wird die Waare fixirt als diese ganz bestimmte Sache. Hier wird sie nach Merkmalen definirt: und keine Definition, selbst die genaueste nicht, reicht heran an das bestimmte einzelne

---

[5]) Not. 21 a. a. O.

[6]) Pr. Privatrecht, Bd. II, § 28, S. 59.

Individuum. — Ein praktisches Bedürfniss aber, diesen inneren Gegensatz zu ignoriren, ist nicht erkennbar.

Wenn Bekker sagt, in dem einen Falle sei das genus ein certum, so ist dem entgegenzuhalten, dass auch im anderen Falle das genus objectiv gewiss auch ein certum ist, nur, dass es uns nicht möglich ist, wenigstens regelmässig, dieses certum zu übersehen. Thöl nennt darum den regelmässigen Fall der generischen Kaufobligation: den Kauf aus einem „unübersehbaren" genus. Speciell für die Frage nach dem Tragen der Gefahr ist diese Unterscheidung weniger bedeutungsvoll: machen doch selbst die Vertheidiger dieser Definition keinerlei Unterscheidung für die „bedingt-generische" Kaufobligation, was die Tragung des periculi anlangt.

Geleistet werden soll auch beim Genuskauf überall nur ein Individuum als species: darum ist auch schliesslich geschuldet: ein Individuum als species. Wäre etwas anderes geschuldet; in obligatione, um den technischen Ausdruck zu nehmen; etwas anderes in solutione: dann fände eine datio in solutum bei der Leistung statt. Es ist diese eigentlich selbstverständliche Auseinandersetzung nur aus dem Grunde hier eingefügt, weil einzelne Äusserungen, welche Ihering in seinem berühmten Aufsatze macht, leicht Anlass einer Missdeutung sein könnten. Ihering sagt S. 418: „Object des debere ist bis zum letzten Moment das genus; Object des solvere die species." Danach sähe es so aus, als wäre der Verkäufer nur ein genus schuldig, und doch leistet er eine Sache als species. — Und kann diese nur als species leisten, wie Ihering selbst mit verschiedenen Wendungen in diesem selben Aufsatze ausgeführt hat! Ihering selbst sagt wiederholt: „was tradirt werden kann, ist stets eine species." — Es ist klar, dass dingliche Rechte nur an einem Individuum als species denkbar sind und weil der Kaufvertrag auf die Leistung eines dinglichen Rechtes, auf ein tradere geht, darum ist auch im Genuskaufe nicht ein genus (ein Begriff, eine Bezeichnung!) geschuldet, sondern das dare eines Individui als species. — Dieses Individuum, welches als species geleistet werden soll und geleistet wird;

dieses als species zu leistende Individuum erscheint nur, — hier ist der einzige Unterschied, den der Genuskauf macht, — vorläufig in genere bestimmt.

Der Genuskauf ist, wie jeder andere Kauf, auch möglich wie über vorhandene Sachen, so über res futurae. Ich kann, um eines zu nennen, zehn Exemplare eines noch nicht gedruckten Buches kaufen. Dies ist ein Genuskauf. Ein Specieskauf rei futurae würde es sein, wenn ich das erste Kalb dieser Kuh kaufte. Wie jeder Kauf einer zukünftigen Sache gilt auch dieser als unter der Bedingung der Existenz der Waare geschlossen; erst mit der Existenz der Waare ist er perfect: beim Genuskauf also mit der Existenz solcher Waaren, aus denen eine oder mehrere zu leisten sind.

Der Genuskauf selbst ist an und für sich perfect mit der vollzogenen Willenserklärung. In diesem Sinne ist emtio venditio perfecta, wenn Käufer und Verkäufer ihre Einigung über Preis und Waare geäussert haben.

Damit scheinen nun aber einige Quellenstellen im Widerspruche zu stehen, l. 2. cod. de per. et comm. 4, 48 lautet in den Anfangsworten: quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, ante quam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.

Hier sei also gesagt, dass der Genuskauf über eine Quantität die Vollendung, die perfectio erst mit dem tradere erlange.[7]) Nichts anderes besage die l. 35 § 5. D. de contr. emtione 18, 1: non tamen aliter videtur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint.[8]) Ebenso in

[7]) Ob aber lex 2. cit. überhaupt vom Genuskauf redet, und nicht vielmehr vom Kauf ad mensuram, wird sich schwerlich mit zweifellosen Gründen entscheiden lassen. Wahrscheinlicher dürfte das letztere sein.

[8]) Lex 35 § 5 spricht aber direct nicht vom Genuskauf, sondern von emtio ad mensuram. Gajus sagt: wenn solche Waaren verkauft werden, welche pondere, numero, mensurave constant, dann tritt die Perfection entweder ein, simulatque de pretio convenerit, oder aber erst nach diesem Zeitpunkte und zwar, wenn die Waaren admensa, adpensa, adnumeratave sind. Diese Verschiedenheit bezüglich des Ein-

derselben lex weiter: Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata admensa adpensave sint.

In der That haben einzelne Rechtslehrer darauf hin den Genuskauf als einen bedingten Kauf definirt; als einen Kauf, der unter der Bedingung geschlossen sei, dass zugezählt, zugemessen, zugewogen würde. Erst mit der Existenz dieser Bedingung sei dann der Kaufvertrag perfect. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass Mommsen in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht (erster Beitrag S. 340) diese Ansicht vertritt.

Der gewichtigste Einwand gegen diese Auffassung ist aus der Bestimmung zu entnehmen, dass beim Genuskaufe auf diese Zumessung u. s. w. geklagt werden kann.

Dieses ist ein vollkommener Gegensatz gegen den wirklich bedingten Kaufvertrag, von welchem vielmehr l. 41 pr. D. de contrahenda emtione 18, 1 bestimmt: si vero sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.

Vorzüglich klar findet sich solches in der l. 1 § 3 D. de per et commodo 18, 6 ausgesprochen. — Es war im Übrigen auch a priori sicher, dass die Annahme eines bedingten Kaufes hier, wo die Verpflichtung selbst nicht in Ungewissheit ist, nur dann möglich wird, wenn man den wahren Charakter der Bedingung zur Seite schiebt; und wenn Fick a. a. O. sich über das Erforderniss der Zumessung dahin äussert „ob dies eine conditio suspensiva im gewöhnlichen technischen Sinne sei oder nicht, ist gleichgültig", — so ist das eben eine Behauptung.

Auf einen anderen unterscheidenden Punkt einzugehen, nämlich den des Tragens der Gefahr, erlaubt uns noch nicht der Stand der Erörterung.

---

trittes der Perfection hängt aber ab von der Verschiedenheit der Preisbestimmung. Ist nämlich omne vinum uno pretio verkauft, dann gilt, was auch sonst allgemein. Ist aber vinum (sc. omne, wie eben vorhin) nach einem Quantitätspreis (ad mensuram) verkauft, dann tritt die Perfection erst mit dem zweiten, vorhin aufgezählten Momente ein. Dass der Jurist ohne bezügliche Andeutung die am Anfang vorausgesetzte species facti dahin abgeändert habe, dass in fine nicht omne vinum verkauft werde, dafür ist nicht nur ein Anhaltspunkt nicht gegeben: es spricht auch der ganze Zusammenhang für das Gegentheil.

Wenn wir demnach Perfection des Kaufvertrages in dem Sinne nehmen, dass die Contrahenten gegenseitig gebunden und verpflichtet seien, — dann ist allerdings der Genuskauf bereits mit der Erklärung des Consenses emtio venditio perfecta.

Aber in diesem Sinne nehmen alle diese oben berührten Stellen den Ausdruck „Perfection des Kaufes“ gar nicht.

Vielmehr soll mit den Worten und Wendungen wie „nondum perfecta emtione“ nichts anderes angedeutet sein, als dass die Gefahr noch nicht übergegangen, dass eine casuelle Vernichtung der Waare noch nicht zu Lasten des Käufers sei.

Vgl. hierzu Regelsberger S. 188 Archiv f. civ. Praxis Band 49: „Es scheint, dass die Wahl der Bezeichnung emtio venditio nondum perfecta für diese Fälle bei den römischen Juristen einen doctrinären Grund gehabt habe, um bei dem Kaufvertrag den Übergang der Gefahr auf ein einheitliches Moment zurückführen zu können, wie dies Paulus in l. 8 pr. D. de per. et comm. ausspricht.“

Dies besagen zur Genüge Stellen, wie l. 1 § 1 D. 18, 6: priusquam enim admetiatur vinum prope quasi nondum venit, post mensuram factam venditoris desinit esse periculum; et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit.

Es wird jetzt nach dem Plane auf andere Arten des Kaufvertrages zu dem Zwecke einzugehen sein, dadurch das Wesen des Genuskaufes deutlicher herauszustellen.

§ 3.

Kauf fungibler Sachen.[9])

Der Kauf fungibler Sachen bildet nicht einen Gegensatz zum generischen Kaufvertrage in dem Sinne, dass ein Genuskauf nicht Kauf fungibler Sachen sein dürfte. Ist doch gerade der Kauf fungibler Sachen in der Mehrheit der Fälle Kauf mit generisch bestimmter Waare und dieses so häufige Auftreten des Kaufes vertretbarer Sachen mit nur generischer

[9]) Ihering, a. a. O. S. 400 f. Goldschmidt, Handelsrecht, I. § 61.

Bestimmung die Veranlassung gewesen zu der Identificirung der beiden innerlich und als solche grundverschiedenen Begriffe, des Genuskaufes und des Kaufes vertretbarer Sachen.

Der Genuskauf giebt die Waare nur in generischer Bestimmung an: diese Art der Bezeichnung ist einfach ein Belieben der Parteien, ein Act der Parteienwillkür. Die Fungibilität ist eine objective Eigenschaft der Waare, ein Product des Rechtsverkehrs, wie die generische Bestimmung ein Product des Parteiwillens. Die Parteien können nicht machen, dass eine Sache, welche fungibel ist, nicht fungibel sei: aus dem Grunde, weil die Parteien nicht die Ansichten des Rechtsverkehrs ändern können, sie können nicht machen, dass ein Tropfen nicht mehr so viel gelte, als ein anderer Tropfen desselben Weines; aber dass sie den Wein, den sie kaufen und verkaufen wollen, nur als Weisswein oder als Weisswein dieses Jahrgangs bezeichnen, dass sie ihre Waare nur in genere bezeichnen, daran hindert sie nichts und kann sie nichts hindern, sobald einmal die Rechtsordnung die generische Bestimmung des Objectes einer Obligation zugelassen hat. Die Fungibilität der Waare ist eine Eigenschaft der Waare, etwas objectives.[10]) Die generische Bestimmung der Waare ist eine Bezeichnung derselben, ist etwas subjectives.

Daraus folgt von selbst, dass die objectiv fungible Sache durch die Parteien auch generisch bestimmt werden kann; aber natürlich auch in specie ganz nach Gefallen.

Der Gegensatz von Fungibilität und Specialität des Objectes ist demnach schief und irreführend. Der richtige Kern des ehemaligen Irrthums ist, dass allerdings die fungiblen Waaren in der Mehrzahl der Fälle nur in genere bestimmt werden, die nicht vertretbaren Objecte in specie.

Aber eben auch nur in der Mehrzahl der Fälle; denn nichts hindert die Parteien, diese fünf Fass Mehl zu kaufen (Specieskauf); und auf der anderen Seite fünf Stück litthauische Pferde, fünf Jahr alt (Genuskauf unvertretbarer Sachen).

---

[10]) Nach der gegentheiligen Ansicht kann auch ein Grundstück, eine Villa u. dgl. als fungible Sache vorkommen.

§ 4.

Alternativer Kauf.[11])

Ein alternativer Kauf ist ein Specieskauf, bei welchem die geschuldete Species aus mehreren concreten Individuen auszuwählen ist. Der Schuldner muss dieses oder jenes unter den concreten Individuen leisten.

Dass hier ein bedeutender Unterschied gegen den Genuskauf vorliege, ist ohne Weiteres deutlich. Die Waare ist nicht nach Merkmalen bezeichnet, sondern durch den Kreis concreter, als Individuen fixirter Objecte, aus denen sie auszusuchen, bestimmt. Während darum beim Genuskaufe der Kreis, aus dem die species entnommen wird, nur Sachen von gleicher Beschaffenheit umschliessen darf, da doch die Merkmale allen gemeinsam sein müssen, ist der Kreis, aus dem beim alternativen Kaufe die Waare geschuldet wird, nicht nothwendig so beschränkt. Er kann vielmehr die ungleichartigsten Objecte in sich bergen. Dass übrigens nur ein Leistungsgegenstand Object des alternativen Kaufes sei, ist nicht nöthig: es können auch mehrere Individuen alternativ verkauft werden, z. B. dieser Fuchs und dieser Schimmel oder jener Fuchs und jener Schimmel. Die alternative Kaufobligation ist per se ebensowenig bedingt, als der Genuskauf. Die Wahl der species kann beim Käufer oder beim Verkäufer oder bei einem Dritten stehn.

§ 5.

Kauf in Bausch und Bogen.[12])

Ein Kauf in Bausch und Bogen (emtio venditio in aversione) liegt dann vor, wenn für eine Mehrheit von Individuen ein einheitlicher Gesammtpreis verabredet ist. Die mehreren Individuen können gleichartig und ungleichartig sein. Sie können vertretbar und unvertretbar sein. Wenn für eine abgegrenzte concrete Quantität fungibler Sachen ein Gesammtpreis fixirt wird, so ist der Kauf auch in Bausch

[11]) Hofmann S. 111 a. a. O. Windscheid § 255 not. 15. Bekker S. 363.

[12]) Hofmann a. a. O. S. 45 ff., § 16.

und Bogen geschlossen. Der Kauf in Bausch und Bogen ist ein Specieskauf, bei dem gerade die Concretheit der Waare die Parteien inducirt, von der individuellen Mannigfaltigkeit und Pluralität zu abstrahiren, bei der Preisbestimmung und für diese „alles, was hier ist" gleichsam als eine Waare, als ein Individuum anzusehen.

In gewissem Sinne stellt der Kauf in Bausch und Bogen das Gegenstück des Kaufes nach Maass dar. Hier, beim Kaufe in Bausch und Bogen wird der Preis für die Mehrheit der Kaufgegenstände fixirt, als wäre eine Einheit der Waare vorhanden: beim Kaufe ad mensuram wird umgekehrt der Preis in der Weise normirt, dass zu diesem Behufe die eine Waare in mehrere Theile, in Maasseinheiten, in einzelne Gewichtsquoten zerlegt wird. Hier vereint der Preis die getrennten Objecte, dort trennt er die einheitlichen.

§ 6.

Kauf nach Maass[13]) (emtio venditio ad mensuram).

Ein Kauf ad mensuram ist dort geschlossen, wo der Preis für die zu leistende species nach Gewichts- und Maasseinheiten bestimmt wird, in der Art, dass nur für die Gewichtseinheit der Preis beim Abschluss normirt wurde.

Wie beim Genuskaufe die Art der Waarenbestimmung, so ist beim Kaufe ad mensuram die Art der Preisbestimmung das eigenthümliche. Dort ist das Object erst durch das Messen und dgl. zu finden: hier der Preis.

Wie Regelsberger bemerkt, dort wird ein Maass, hier nach Maass gekauft. Das Abmessen hebt dort die vorläufige Unbestimmtheit des Objectes, hier die Unbestimmtheit des Preises.

Die Preisbestimmung ad mensuram erscheint sehr häufig auch bei Genuskäufen. Es ist indessen der Unterschied nicht ausser Auge zu lassen, dass beim Genuskaufe das Object unbekannt ist und dagegen, auch selbst bei den

[13]) Hofmann a. a. O. S. 133 ff., § 49. Regelsberger a. a. O. S. 184. Windscheid Band II. S. 461.

zuletzt genannten Genuskäufen, der Preis bekannt, nämlich durch die einfachste Multiplication zu erhalten: dass dort dagegen das Object als concrete und bekannte species auftritt, hingegen der Preis vorläufig im Dunkeln bleibt.

Es ist die Unterscheidung möglicherweise nicht leicht, namentlich, wo das generisch bestimmte Object aus einem übersehbaren genus zu beschaffen sein wird. Wegen der relativen Natur des Begriffes genus (vgl. Ihering a. a. O. S. 408) ist es nicht selten, dass ein und dasselbe Object bei der emtio generis als genus erscheine und bei der emtio ad mensuram als species; und dass, dem entsprechend, dieselbe Quantität, welche bei dem Genuskaufe aus dem genus auszuscheiden ist, bei der emtio ad mensuram als quoter Theil der species verkauft wird. — Ich kann einmal: zwanzig Flaschen von der Sorte Wein, die in diesem Fasse liegt, kaufen (emtio generis) und kann den dritten Theil aus diesem Fasse Wein, die Flasche zu diesem oder jenem Preise, erstehen; wobei, mag auch das Fass sechzig Flaschen halten, also beide Male genau dasselbe Quantum gekauft sein, je nach der Bezeichnung und der dieser zu Grunde liegenden Absicht die juristische Beurtheilung in verschiedenen Fragen recht abweichend ausfallen muss.

Welches die wirthschaftliche Absicht der besonderen Preisnormirung bei der emtio ad mensuram sei, dieses hat richtig zuerst Ihering (a. a. O. S. 397) entwickelt und Hofmann (S. 134) hat sich ihm angeschlossen. Die Auffassung der von den Parteien beim Kaufe ad mensuram verfolgten Zwecke ist nämlich vorzüglich Ausschlag gebend für die juristische Construction des Geschäfts. — Ihering hat nun ausgeführt, dass mit der Bestimmung des Preises nach Gewichts- oder Maasseinheiten von den Parteien beabsichtigt werde, dass nur für soviel Einheiten der Käufer zu zahlen haben solle, als wirklich bei der Tradition überliefert werden; oder um den Gedanken abstracter hinzustellen, dass die Leistung des Käufers sich richten solle nicht nach dem Zustande der Waare zur Zeit des Abschlusses, sondern nach der Beschaffenheit des Objectes zur Zeit der Tradition.

Damit ist aber auch u. E. ohne weiteres erklärt und geboten, dass Zufälle, welche die Waare bis zum Momente dieser Übergabe treffen mögen, das Vermögen des Käufers unberührt lassen. Die Leistung des Käufers richtet sich eben nach dem, was zur Zeit der Leistung da sein wird: wie Ihering sagt, „er will zahlen für soviel Stücke nicht als gezählt, sondern als geliefert sind."

Darum sind in der That die Preisangaben bei Käufen ad mensuram zur Zeit des Abschlusses nicht blos subjectiv, sondern auch objectiv unbekannt.[14]) Nur ist aus diesem Grunde nicht nöthig, den Kauf ad mensuram als einen bedingten Kauf zu construiren, wobei man sich in einen nicht hinwegzuinterpretirenden Gegensatz gegen die Quellen setzt. Denn wenn die l. 2. C. h. t. sagt: periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit und wenn die l. 35 § 7 D. de contr. emt. ausdrücklich sagt: omne periculum ad venditorem pertinere; die l. 5 D. h. t. omne periculum venditoris est, dann ist doch nicht umzudeuten, dass hier keinerlei Unterschied aufgestellt wird zwischen dem Falle der Verschlechterung und dem Falle des Unterganges. Freilich bemerkt Mommsen S. 342 Beitrag I, dass die obgenannte Codexstelle ohne Zweifel sich auf einen Fall beziehe, da ein Theil des Vorrathes verdorben, ein anderer Theil nicht umgeschlagen sei: aber Vangerow fügt wohl nicht ohne Grund (S. 451) der Relation dieser Interpretation ein Ausrufungszeichen hintenan. Hingegen die Bedeutsamkeit der Ausdrücke: omne periculum am anderen Orte will Mommsen dadurch wegräumen, dass er die Worte als Gegensatz zum periculum culpae auffasst. Dass aber die Behandlung des Kaufes ad mensuram nicht zu der sonstigen Natur der bedingten Kaufverträge stimme, dieses ergiebt eine einfache Vergleichung mit l. 8 pr. in

---

[14]) Windscheid, S. 461: „In diesem Falle ist der Kaufpreis nicht blos ein nicht gewusster, sondern es ist auch noch durchaus ungewiss, ob er ein wissbarer sein wird; er wird es eben dann nicht sein, wenn der Untergang der betreffenden Quantität die Bestimmung ihrer Maasseinheiten unmöglich macht."

fine D. 18, 6: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

Nach der Auffassung, welche Ihering giebt, ist auch das Heranziehen der Bedingung überflüssig, die Leistung des Käufers richtet sich nach der Leistung des Verkäufers, nicht nach der Qualität und Quantität der Sache beim Kaufabschlusse. Bis zur Leistung, bis zur Tradition soll die Waare auf Gefahr des Verkäufers ruhn. — Das ist eine einfache Consequenz der von den Parteien getroffenen Abrede und wenn wir uns so ausdrücken wollen, liegt in der Preisbestimmung ad mensuram auf Seite des Verkäufers die stillschweigende Übernahme des periculi bis zur Tradition.

Soviel zur Vergleichung mit dem Genuskaufe.

Fassen wir das positive Ergebniss zusammen, so können wir vielleicht, wie folgt, definiren:

Der Genuskauf ist ein unbedingter, mit der Consenserklärung bindender Kauf, bei dessen Abschlusse das zu liefernde, vertretbare oder nicht vertretbare Individuum nur nach Quantität und nach, genaueren oder ungenaueren, Merkmalen durch die Contrahenten bezeichnet wird.

III.

Natur des periculum deteriorationis et interitus.

§ 7.

Quellenausdrücke.[15])

Die Bedeutung des Wortes periculum ist in den Quellen an und für sich keine feststehende.

Im allgemeinsten Verstande bezeichnet es jeden Schaden und jeden Nachtheil. Die Gesetze nehmen es dann in dem nämlichen Sinne, wie damnum und casus.

---

[15]) Mommsen, Beitrag I, S. 237 ff. Hofmann, S. 4, 5. Wächter, Bd. XV, Arch. f. civ. Praxis S. 99—115.

Es bezeichnet: a) einen bereits eingetretenen Nachtheil: l. 7 pr. D. de per. et comm. 18, 6: nam et si totus ager post emtionem flumine occupatus esset — periculum esset emtori.

Ingleichen l. 12 D. h. t.: lectos emtos Aedilis, quum in via publica positi essent, concidit. — — emtoris periculum esse placet.

b) einen zu befürchtenden Schaden, l. 1 Cod. 4, 23: periculum amissionis ac fortunam futuri damni suscepisse.

c) einen sittlichen Nachtheil: l. 10 Cod. dep. 9, 34: ad ejus restitutionem cum infamiae periculo urgetur. Ebenso l. 21 Cod. mandati 4, 35: in re mandata verum etiam existimationis periculum est.

d) einen durch dolus herbeigeführten Schaden: l. 14 § 3, 4 de furtis 47, 3: — quodsi dolo fecit, — jam quidem periculum ipsius est. § 4: non habebit furti actionem, apud quem res deposita est, quamvis periculo ejus esse res coeperit, qui eam contrectavit.

e) einen durch casus bewirkten Schaden, wofür besondere Beispiele anzuführen unnöthig erscheint.

Aus diesen Gesetzesstellen ergiebt sich, wie, an und für sich, das Wort periculum keinerlei Rückschluss auf die Qualität des Schadens, weder in objectiver noch in subjectiver Richtung gestattet.

Bei obligatorischen Verhältnissen im besonderen aber erscheint das Wort periculum von den Juristen vorzüglich in folgenden Wendungen gebraucht: fragm. Vatic. § 114: Paullus respondit, quoniam periculo mariti vixerint mancipia . . . .

l. 12 § 3 D. XVI. 3 depos.: periculo ejus, ad quem depositum fuerit, sc. res est.

l. 1 pr. D. h. t. sed si venditor periculo se subjerit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjerit.

l. 62 § 2 D. 18, 1: res ad periculum emtoris pertinebit.

l. 108 § 11 de leg. (I): si servus legatus sit, et moram heres fecerit, periculo ejus et vivit et deterior fit.

l. 4 pr. D. 18, 6: periculum acoris et mucoris venditor praestare debeat.

Die Reihe der Beispiele liesse sich beliebig vermehren; doch mag das Angeführte genügen.

§ 8.

Technischer Gebrauch bei Obligationen.

Fragen wir nun, was mit diesen Wendungen bezüglich des obligatorischen Verhältnisses gemeint ist, so wird es sich empfehlen, die Worte Wächters anzuführen. Seine Angaben beziehen sich zwar zunächst nur auf solche Obligationen, deren Inhalt eine Sachleistung ist: indessen eine Ausdehnung auf die anderen Obligationen bietet keine Schwierigkeit.

Wächter (S. 107 a. a. O.) sagt: „Das Periculum bei einer auf Sachleistung gerichteten Obligation nehmen vielmehr unsere Gesetze immer blos in Beziehung auf das Zahlenmüssen und auf den Verlust, ohne dafür Ersatz zu bekommen. Wer zahlen muss, ungeachtet er die Gegenleistung nicht bekommt, wer zahlen muss, ungeachtet seine Sache unterging, wer dem Gegner den Werth der untergegangenen Sache ersetzen muss, wer seinen Anspruch verliert, ohne dafür Ersatz zu bekommen, von dem allein sagen die Quellen, er trage das Periculum.“

Nämlich der Gebrauch des Wortes periculum im technischen Sinne bei Obligationen ist weit enger, als der in den oben angeführten Wendungen.

Es heisst hier nicht vergangener, sondern drohender Schaden: Gefahr, Risico.

Nicht ein solches Risico, welches durch eine zu praestirende culpa herbeigeführt wird: eine casuelle Gefahr ist nöthig; und zwar ferner nur eine solche casuelle Gefahr, welche dem Vermögen einer der im obligatorischen Nexus befindlichen Personen unmittelbar durch dieses obligatorische Verhältniss einen Nachtheil bringt.

Nicht jeder casuelle Nachtheil genügt also, sondern eben nur derjenige Nachtheil, welcher, ceteris paribus, sich durch

einen möglichen Verlust obligatorischer Forderungen bekundet; — nur dasjenige Risico, welches mit einer Perpetuirung obligatorischer Verbindlichkeiten droht. Nur dieses Risico berechtigt einen der Contrahenten im technischen Sinne zu sagen: periculum rei ad se pertinere. Nur der obligatorische Verlust, die Minderung des Vermögens ex obligatione kommt in Anschlag. — Der mögliche Verlust an dinglichen Rechten, namentlich der mögliche Untergang des Eigenthums ist weder hinreichend noch erforderlich zum Begriffe des periculi bei Obligationen.

Was hier abstract ausgedrückt ist, zeigen die möglichen Fälle in concreter Gestaltung.

Bei einseitigen Obligationen trägt nämlich das periculum:

a. der Schuldner, wenn dieser trotz casueller Vernichtung der geschuldeten Sache entweder noch einmal leisten, oder in Gelde das Object ersetzen muss. Die nochmalige Leistung, nicht etwa der Verlust der Sache, ist es, was den Begriff des periculi begründet: die Perpetuirung der obligatorischen Verpflichtung ist der Vermögensnachtheil, der unmittelbar aus dem obligatorischen Verhältnisse den Schuldner trifft.

b. Der Gläubiger, der nach dem Untergang der geschuldeten Sache nichts mehr vom Schuldner zu fordern hat. Sein Vermögen ist nicht um die Sache vermindert, sondern um die Forderung an den Schuldner.

Bei zweiseitigen Obligationen trägt die Gefahr:

a. Derjenige, welcher die Sache leisten soll, im Falle er durch den Untergang des geschuldeten Objectes die Gegenforderung verliert oder er für das untergegangene Object noch einmal zu leisten hat. Die Vermögensminderung stellt sich dar einmal im Verluste der Gegenforderung, das andere Mal in der nochmaligen obligatorischen Verpflichtung.

b. Derjenige, dem die Sache geleistet werden sollte, wenn er, trotzdem sein Forderungsgegenstand vernichtet oder verschlechtert ist, seine Gegenleistung zu liefern schuldig bleibt. Im Verluste seiner Gegenforderung liegt

der unmittelbar aus dem obligatorischen Nexus sein Vermögen treffende Schaden, wie ihn der technische Begriff des periculum fordert.

Dass hier unter der Vernichtung des Gegenstandes implicite auch die theilweise Vernichtung, Verminderung und Verschlechterung zu verstehen sei, dass also die nämlichen Normen bei der Verschlechterung gelten müssen, wenn wir sagen dürfen, das periculum deteriorationis trage dieser oder jener Contrahent, — das ist nur der Genauigkeit halber am Ende hier angegeben.

Wenn wir den Begriff des periculi im technischen Sinne zusammenfassen wollen, so könnten wir sagen:

Periculum im technischen Sinne ist die Gefahr casuellen Untergangs, casueller Verschlechterung des Leistungsobjectes, insofern dieser Untergang diese Verschlechterung für eine Partei einen unmittelbar aus der Obligation entstehenden Schaden zur Folge hat.

§ 9.

Periculum beim Kaufe.[16])

Wir haben die gefundenen Begriffe auf den Kaufvertrag im besonderen anzuwenden.

Da das Tragen des periculum einen zukünftigen und drohenden Schaden voraussetzt, so ist beim Kaufe nothwendig derjenige Untergang, diejenige Verschlechterung ausgeschlossen, welche beim Abschlusse des Kaufes der Waare bereits anhaftete und welche nachträglich sich aus einem anhaftenden Mangel derselben entwickelt hat.

Da das periculum ferner einen casuellen Schaden voraussetzt, so ist ausgeschlossen jeder Schade, welcher durch Vernachlässigung derjenigen Sorgfalt entstanden ist, welche der Verkäufer der Waare zuzuwenden schuldig ist. Es wird sich empfehlen, gleich hier anzumerken, dass das römische Recht im Allgemeinen dem Verkäufer bezüglich der noch

[16]) Hofmann, S. 3.

nicht tradirten Waare eine ganz vorzügliche Aufmerksamkeit und Sorglichkeit zuweist. l. 3 D. 18, 6: ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

Endlich braucht die casuelle Vernichtung nicht nothwendig den physischen Bestand der Waare anzugreifen. Interitus ist auch dort erfolgt, wo den Contrahenten die wirthschaftliche Verfügung, die materielle Benutzung der Sache unmöglich ist. Darum sagen die Quellen auch eine Sache sei durch Diebstahl untergegangen (sc. für den Eigenthümer). l. 14 D. 18, 6: materia emta si furto periisset.[17])

Unter den angegebenen Voraussetzungen nun trägt das periculum beim Kaufe:

Der Käufer, wenn er nach Untergang der Waare, ohne die Waare zu erhalten, doch den Preis zahlen muss: § 3 J. III. 23: emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere;

der Verkäufer, wenn er nach Untergang der Waare keinen Preis erhält.

Die Untersuchung über das periculum deteriorationis und interitus beim Genuskaufe löst sich demnach in zwei bestimmte Fragen auf:

Hat, bezüglich bis wann hat, wenn beim Genuskaufe die Waare casuell vernichtet oder verschlechtert ist, der Verkäufer den verabredeten Preis nicht zu fordern? — oder hat, bezüglich von wann hat, wenn beim Genuskaufe die Waare casuell vernichtet oder verschlechtert ist, der Käufer den verabredeten Preis zu zahlen?

IV.

Theorien über die Gefahr beim Genuskaufe.

§ 10.

Ältere vor Thöl.[18])

Ihering leitet seine Übersicht über die früheren Bearbeitungen der Lehre mit dem Ausdrucke des Bedauerns

[17]) Vergl. auch denselben Grundsatz bei der actio legis Aquiliae in l. 55 i. f. D. 41, 1. de acquir. rerum dominio.

[18]) Ihering a. a. O. S. 373—379. Hofmann, S. 119.

darüber ein, dass es den Compilatoren nicht passirt sei, was die Gefahr beim Genuskaufe anlange, widersprechende Fragmente in die Gesetzessammlung aufzunehmen. Ein solcher Gegensatz der leges hätte wenigstens vermuthlich die Juristen auf einen der für den Verkehr — ob aber auch für den damaligen? — wichtigsten Punkte aufmerksam machen müssen, einen Punkt, der von den älteren Schriftstellern in der weitaus überwiegenden Mehrzahl gemeiniglich mit der Bemerkung abgefertigt wird, dass wenn emtio generis vorliege, vor der Tradition von einem Untergange der Waare gar nicht die Rede sein könne; wobei der mehr oder weniger deutlich angeführte Gedanke der ist, dass ein Genus doch nicht zu Grunde gehen könne, quia genus perire non censetur. Viel trug natürlich gerade zu diesem letzten Irrthume von der Ewigkeit des genus die Identificirung des Kaufes fungibler Sachen mit dem Kaufe eines generisch bestimmten Gegenstandes bei; eine Identificirung, welche wiederum durch den Umstand ermöglicht wurde, dass eben die meisten Genuskäufe fungible Waaren begreifen, welche auf den ersten Blick dem Satze genus perire non censetur nicht zu widersprechen scheinen.

Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, nach der ausführlichen Darstellung, wie sie Ihering a. a. O. giebt, noch einmal die Autoren einzeln durchzugehen: die Anführung der Hauptmomente soll statt dessen folgen.

Eine schlimme Vorbedeutung für die Schicksale, welche die vorliegende Frage in der Dogmengeschichte des römischen Rechtes treffen, liegt schon in der Erscheinung, dass die Verfasser der Basiliken gerade diejenigen Stellen in ihrem opus ausmerzten, welche das Material zur Beantwortung derselben in sich bergen.

Die Glossatoren beantworten die Frage nicht, aus dem Grunde, weil sie dieselbe überhaupt nicht stellen. Es scheint ihnen gar nicht der Gedanke gekommen zu sein, dass doch auch vor der Tradition die Waare abgemessen und ausgeschieden sein konnte.

Auch die elegante Schule bewegt sich in dem einmal berührten Gedankengange weiter.

Die ersten, bei denen der entscheidende Gesichtspunkt, wenn auch noch halb unbewusst, ausgesprochen erscheint, sind Lauterbach und andere Juristen der deutschen Schule, Stryk und Cocceji. Indem diese zugeben, dass ein admetiri möglicherweise vom tradere unterschieden sein könne, erkennen sie die Denkbarkeit eines admetiri ohne Tradition.

Bei Carpzow (opus decisionum Dec. 131) erscheint zuerst ein positiver Rechtssatz über die Gefahr beim Genuskaufe, der bei verschiedenen Schriftstellern mit der Begründung wiederkehrt, es liege hier eine Anomalie, eine Singularität des Handelsrechtes vor, nämlich der Satz: die Gefahr einer bestellten Waare geht mit der Absendung auf den Käufer über. Vgl. Strube, rechtliche Bedenken (ed. Spangenberg) II No. 384: „Unter Kaufleuten ist es üblich, dass, wenn einer Waaren verschreibt, er nach deren Absendung die Gefahr übernehmen und das Kaufgeld bezahlen muss, wenn sie gleich unterwegs verloren gegangen.“ Dieser Satz wird als Kaufmannsrecht auch von Glück, Erläuterung der Pandecten, Band 17, S. 188, bestätigt.

Die Verbindung, in welcher diese Sätze mit dem Handelsrechte auftauchen, ist wohl eine Wirkung des häufigen und vorzüglichen Gebrauches, den der commerzielle Verkehr von der Form des Genuskaufes macht.

Strube ist es andrerseits, bei dem sich bereits der Gedanke als allgemeiner Grundsatz findet, dass mit der Bestimmung des Individuums der Handel in dem römischen Sinne emtio perfecta sei.

Aus dem Gesichtspunkte, dass die Gefahr mit dem Momente den Käufer treffe, wo dieser als Käufer einer species anzusehen, gelangt auch das Handelsrecht von Meno Pöhls Band I S. 94 ff. zu dem Resultate, dass erst mit der Tradition regelmässig das periculum den Käufer treffe.

Schliesslich sei noch angeführt, wie Göschen in seinen „Vorlesungen“ S. 341 Band 2 § 496 sich über die Frage ausspricht: „Ist nun der Gegenstand des Kaufes nur der Gattung nach bestimmt, so fällt dieses Moment (nämlich Übergang der Gefahr) zusammen mit der Übergabe: dieser Fall bedarf keiner weiteren Erörterung.“

Keller (Pandecten § 329) äussert sich, dass beim Genuskaufe „natürlich von einem Übergange der Gefahr nicht vor der Tradition die Rede sein kann."

§ 11.

Ausscheidungstheorie.[19]) (Thöl.)

Es ist ein bleibendes Verdienst Thöls, die wichtige Frage nach der Gefahr beim Genuskaufe wie als erster formulirt so auch wissenschaftlich in einer Weise beantwortet zu haben, die im Grundgedanken sicher für das römische Recht die einzig richtige sein dürfte und die, wie nachzuweisen sein wird, gerade da sich aufdrängt, wo man sie zu bekämpfen unternimmt. Thöl geht von dem Falle des Kaufes aus, bezüglich dessen wir uns auf sicherem Boden fühlen, vom Specieskaufe. Für diesen ist heute — ehemals war dies anders, — vergl. Cujacius, Obs. XXIII, 29 — kein Zweifel mehr darüber, dass mit Abschluss des Vertrages, wenn die Contrahenten Wissen und Wollen auf die concrete species als Waare gerichtet und dieses Wollen geäussert haben, die casuelle Gefahr den Käufer treffe.

Das Unterscheidende beim Genuskaufe nun ist weiter der Umstand, dass beim Abschlusse nur eine Beschreibung der Waare vorhanden. — Soll also der Genuskauf dem Specieskaufe in Richtung auf die Gefahr gleich stehen, so wird hier erst nachträglich geschehen müssen, was dort schon beim Abschlusse vorhanden: es werden die Parteien nachträglich Wissen und Wollen auf ein concretes Object fixiren müssen.

Es wird also ein doppeltes geschehen müssen. Von Seiten des Verkäufers: Ausscheidung eines Objectes von der verabredeten Eigenschaft; von Seiten des Käufers: Kunde von dieser Ausscheidung. Wird diese Ausscheidung coram emtore stattfinden, dann bedarf es keines Weiteren, um die Gefahr diesem Käufer zuzuweisen; ist dagegen Verkäufer

[19]) Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl., §§ 73—75. 5. Aufl. I. 2 §§ 262 ff., dazu Ihering a. a. O. S. 380—392. Regelsberger, S. 195 -199. Bekker, S. 374 ff. Hofmann, S. 120—124.

bei der Ausscheidung vom Käufer entfernt, dann wird es überdies beim Käufer der Kunde von der Ausscheidung bedürfen.

Thöl bezeichnet diesen Modus der Ausscheidung als den zweiseitigen. „Es genügt und ist erforderlich, dass die ausgeschiedene species so genau angezeigt ist, dass der Beweis der Identität mit Beziehung auf diese Anzeige geführt werden kann."

Es sei hier besonders noch darauf hingewiesen, wie Thöl in dem Satze mit „dass — geführt werden kann", nicht die primäre, bezweckte Folge der Anzeige darstellt, sondern nur die secundäre und accessorische. Es ist dies deshalb von Bedeutung, weil Manche hier einen schwachen Punkt in der Thöl'schen Theorie sehen. Denn wenn in der That es nur auf den Identitätsbeweis abgesehen ist, so erscheint allerdings die Anzeige dort überflüssig, wo durch Beweismittel anderweitig diese Identität der ausgeschiedenen Waare zu erbringen sein sollte. Die bezeichnete Auffassung ist aber nicht die Thöls, welcher vielmehr das Gewicht darauf allein legt, dass der Käufer von der Ausscheidung wisse.

Gleich hier, wo es uns obliegt, die bedeutendsten Theorien der neueren Wissenschaft über den fraglichen Punkt durchzugehen, sind nun aber wenige Worte über die Beschaffenheit der Quellen vorauszuschicken.

Es ist leider nicht daran zu zweifeln, dass keine einzige der leges denjenigen Fall des Genuskaufes behandelt, wo Käufer und Verkäufer bei Erfüllung von einander entfernt sind. Während aber bezüglich des Kaufes unter Anwesenden im Resultate sämmtliche Theorien übereinstimmen, ist es einzig und allein derjenige Fall, da Käufer und Verkäufer bei Lieferung nicht einander gegenüberstehen, welcher je nach den verschiedenen Theorien abweichend zu entscheiden wäre. Dieser Fall also, welcher die Probe auf jede Theorie darstellt, über diesen gerade fehlt die Entscheidung der Quellen. — Es ist darum nicht zu verwundern, wenn sämmtliche Schriftsteller für ihre Meinungen dieselben leges anrufen. Es ergiebt sich aus dem Schweigen der Gesetze andrerseits die Nothwendigkeit, aus gegebenen Sätzen das

innere Princip des Tragens der Gefahr allgemein zu abstrahiren; und dieses abstracte Prinzip weiter, wie der Mathematiker eine gefundene Grösse in eine Gleichung einträgt, auf die concrete generische Kaufobligation anzuwenden. Die Entscheidung aus der Natur der Sache ist hier eine Nothwendigkeit.

Wie der Grundgedanke der Specialisirungstheorie, so und in noch weit höherem Grade hat die Gestaltung, die dieser Grundgedanke durch Thöl erfahren, die verschiedensten Angriffe zu bestehen gehabt; und da gerade die Schriftsteller,, welche in ihren Monographien den Grundgedanken Thöls vertreten, Thöls Gestaltung der Ausscheidungstheorie aufgeben und selbst bekämpfen, — so wird es nicht zu kühn erscheinen, wenn man — ein Anderes gilt von dem Grundgedanken — behauptet, die Gestalt, welche Thöl dem Specialisirungsprincipe leiht, beginnt, nicht mehr die herrschende zu sein. — Zunächst hat man aus den Quellen selbst einen Gegenbeweis versucht. Das Entscheidende in dem Worte admetiri, adpendere u. s. w. könne doch unmöglich in dem Ausscheiden, in der Specialisirung liegen, da ja auch beim Kaufe ad mensuram das admetiri die Gefahr auf den Käufer übertrage: von einer Specialisirung indessen dort nicht die Rede sein könne, wo die Waare beim Abschlusse bereits specialisirt vorliegt. Indessen scheint dabei eine Verwechslung mit unterzulaufen. Weil nach dem admetiri in beiden Fällen dieselbe Wirkung eintritt, darum braucht doch noch nicht die Wirkung in beiden Fällen auf das admetiri zurückzuführen zu sein. Die Zumessung bewirkt den Übergang der Gefahr beim Kaufe ad mensuram, weil der Käufer nur für das zugemessene zu bezahlen hat, wenn man will auf Grund einer tacita conventio; darum kann oder könnte ganz gut beim Genuskaufe die Gefahr von der Ausscheidung abhängig sein.

Begründet dagegen ist ein anderer Einwand. Es ist nämlich gar nicht einzusehen, zu welchem Zwecke denn der Käufer die Ausscheidung erfahren solle. Das Wissen des Käufers ist doch auch beim Specieskaufe nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Wollen; Mittel, damit der Käufer dieses

Object als Object seines Willens erfasse. Wo aber das Wollen schon vorhanden ist ohne Wissen, ohne Kenntniss, dass gerade ein bestimmtes Object in specie ausgeschieden sei, da ist das Wissen überflüssig. Und dieses ist beim Genuskaufe der Fall, da ja regelmässig der Käufer beim Abschlusse bereits erklärt hat, jedes vertragsmässige Object zu wollen. —

Insofern also das Erforderniss des Wissens eine Inconsequenz der Ausscheidungstheorie darstellt, insofern kann sich als den wahren Verfechter der Theorie Thöls Heyer hinstellen, wenn er (in der Zeitschrift für Civilrecht und Process, Band XV, Neue Folge) die Gefahr bereits mit der einseitigen mechanischen Ausscheidung übergehen lässt.

Nur freilich, dass er damit die praktischen Blössen der Ausscheidungstheorie höchst unvorsichtig zur Schau stellt.

Diese praktischen Mängel, welche auch in der milderen Form der fraglichen Theorie nur zu sehr anhaften, diese waren es vorzüglich, welche die Gegnerschaft Iherings provocirten, als eines Mannes, der stets bei der grössten Kühnheit und Schärfe der Construction gerade für die realen Ansprüche der Praxis, der Rechtshandhabung eine lebhafte Empfindung bewiesen hat.

Gerade bei Heyer hat es der Verkäufer in der Hand, ohne alles Risico durch eine frühe mechanische Bezeichnung der Waare die Gefahr von sich selber ab- und dem Gegner zuzuweisen.

Andererseits ist schon bei Thöl der Käufer unbillig begünstigt, wenn die Waare vor Empfang der gleichzeitig abgehenden Notification untergeht, und wenn die Notification überhaupt nicht anlangt, obwohl doch auch hier der Verkäufer alles gethan hat, was ihm zugemuthet werden konnte.

Wie ferner, wenn der Käufer auf Reisen ist, und da er das Avisschreiben nicht liest, unmöglich im Stande ist, seinen Willen auf die ausgeschiedene species zu richten. Nehmen wir auch den Fall, es habe sich Jemand in den Kopf gesetzt, einige Tage lang keinen ankommenden Brief zu lesen, oder Krankheit hindere ihn, die einlaufenden Schreiben zu öffnen. — Hier wird die Lage des Verkäufers ohne seine Schuld von

aussen her recht empfindlich verschlimmert. Wie ferner, wenn es sonst gar nicht Brauch ist, eine besondere Anzeige abzuschicken, wie das beim gesammten Detailverkehre der Fall? —

Soll es auch dann, ganz gegen Brauch und Erwartung, dem Verkäufer gestattet sein, durch Übersendung eines Zettels den solches nicht ahnenden Käufer schlechter zu stellen? —

Ist es nicht auch denkbar, dass die Individualisirung auf andere Weise vor sich gehe, als entweder durch Ausscheidung in Anwesenheit des Contrahenten oder durch Kunde des Gegners von der Ausscheidung?

Speciell für den Distanzkauf stellt sich Thöl überdies in einen Gegensatz gegen die Grundsätze des Handelsrechtes.

Dieses hat anerkanntermassen auch schon nach der Absendung der Übergabe an die Mittelsperson, welche den Transport übernahm, den Käufer mit der Gefahr beschwert, welches die Zeugnisse der älteren Handelsrechtslehrer klar darlegen. Vgl. auch Seufert Archiv, Band IV No. 91 (1828) (Gutachten der Juristenfacultät zu Bonn). „Allein wenn der Verkäufer der fungiblen Waare diese verladen hat, so kann es füglich so angesehen werden, als wenn er von da an eine Species, den bestimmten Ballen Tuch schuldigt: denn es würde unbillig sein, wenn dieser zu Grund gehen sollte, ihn nun noch die gleiche Quantität nachliefern zu lassen . . . wenn die Waare unterwegs verunglückt, so trifft den creditor der Schaden."

Mit der Herleitung dieser Principien aus germanischen Anschauungen allein wäre dieser Einwand nicht abgefertigt, indem die germanische Rechtsbildung ja den entgegengesetzten Pol beim Tragen der Gefahr innehat; und hier erst die Tradition den Käufer zur Tragung der Gefahr verpflichtet.

Soweit Thöl in der vierten und den früheren Auflagen!

In der fünften Auflage seines Handelsrechtes hat er aber nun, abgesehen von einer ausgedehnten, namentlich gegen Iherings Ausführungen gerichteten Polemik, auch die eigene Lehre zum Theil durchgreifend revidirt.

Zunächst und mit Fug hat er eine Änderung des Namens für dieselbe vorgenommen. Er weist die Bezeichnung: „Individualisirungstheorie“ ab, als für seine Lehre ausschliesslich nicht passend. Und in der That ist, Iherings Lehre ausgenommen, allen Theorien diese Anschauung gemein, dass beim Genuskaufe die ursprüngliche Unbestimmtheit des Kaufobjectes durch nachträgliche Specialisirung gehoben, der Kauf damit aber auf eine individuell bestimmte Waare fixirt werde, und dass weiter mit dieser Fixirung die Normen des Specieskaufes auch in Ansehung des periculum Platz greifen müssen. Ja selbst Ihering steht im Grunde diesem Gedanken weit näher, als aus seinen Worten zu entnehmen, worauf weiter unten zurückzukommen sein wird.

Man kann aber Thöl nur zustimmen, wenn er das, auch abweichenden Theorien mit der seinigen gemeinsame Moment der Individualisirung im Namen der letzteren näher specialisirt sehen will. Auf das Besondere seiner Theorie, das Moment des Wissens der Parteien von der geschehenen Ausscheidung soll nun die Bezeichnung „Apparitionstheorie“ hindeuten. Ob freilich gerade dieses Moment aus dem Quellenausdrucke „si apparet“ herauszulesen, dürfte mit Recht bezweifelt werden. „Apparet“ weist doch immer nur auf das objective Moment hin, auf die Erkennbarkeit der ausgeschiedenen Waare als solche, und diese objective Erkennbarkeit ist ganz gut möglich ohne das subjective Wissen der Contrahenten von der vollzogenen Ausscheidung.

Einigen oben berührten praktischen Bedenken weiter hat Thöl die Spitze abgebrochen, indem er die geforderte Ausscheidung näher dahin bestimmt, dass dieselbe eine rechtzeitige (nicht verfrühete) und ortsrichtige sein solle. Man wird aber fragen, ob nicht vielmehr mit den Bedenken auch das Princip Thöls in diesen Punkten beseitigt sei. Denn wenn wirklich schon das Wissen der Parteien die ausgeschiedene Waare zur Species machte, dann ist es doch wahrlich kaum gerechtfertigt, zu unterscheiden, wann dieses Wissen eingetreten.

Ist nur die Kenntniss der Parteien davon erfordert, dass dieses vertragsmässige Quantum Waare sein solle, um den

Übergang der Gefahr zu bewirken, was kann es für einen Unterschied machen, ob dieses der Käufer am 1. October weiss, oder am 1. Januar; ob es am 1. October apparet, oder am 1. Januar; wofern es eben apparet, wofern eben nur den Parteien an einem oder dem anderen Tage bewusst geworden ist, dass dieses vertragsmässige Quantum ausgeschieden worden.

Zu verlangen: „dass die für die Verkaufsübergabe unerlässliche Vorbereitungshandlung nach Ort und Zeit gerechtfertigt sei," ist freilich praktisch durchaus angemessen; nur aber nicht aus dem Princip der gewussten Ausscheidung abzuleiten, von welcher allein doch Thöl theoretisch den Übergang des periculum abhängen lässt.

§ 12.

Lieferungstheorie[20]) (Ihering).

Als schon in den Elementen von Thöl abweichend, kündigt Ihering seine Theorie an. Jede Parallelsirung des Genuskaufes mit dem Specieskaufe wird verworfen. Es sei in πρῶτον ψεῦδος, wenn Thöl den Genuskauf und den Specieskauf als nur durch die unbestimmte Bezeichnung des Objects unterschieden darstellt. Abgesehen von dieser vorübergehenden Unbestimmtheit gelten nämlich ganz und gar entgegengesetzte Grundsätze bezüglich des periculi hier und dort: beim Specieskaufe und nur beim Specieskaufe der Satz, dass wenn das quid, quale, quantum der Waare feststeht, die Gefahr den Käufer treffe; dagegen beim Genuskaufe der Grundsatz: bis zur Erfüllung trägt die Gefahr der Verkäufer.

Diese Erfüllung nun könne je nach Belieben der Contrahenten verschieden ausfallen. Es werden als die häufigsten und wichtigsten Arten der solutio hervorgehoben: Der Verkäufer solle das generisch bestimmte Object bringen: dann liege die Erfüllung in der Tradition am Orte des Käufers; der Käufer solle die Waare holen: dann sei

[20]) Ihering a. a. O. besonders S. 399 ff., vergl. Bekker, S. 375 ff., Windscheid, Bd. II, § 390 S. 459 Not. 8.

Leistung die Tradition am Orte des Verkäufers; und erst diese übertrage hier die Gefahr auf den Käufer. Es sei auch möglich, dass die Erfüllung im Schicken bestehe. Dann sei das Absenden der entscheidende Zeitpunkt bezüglich der Gefahr. Indessen seien die Arten der Erfüllung damit nicht erschöpft: die Erfüllung könne sich auch als Fliegenlassen darstellen; z. B. wenn der Käufer dem Verkäufer ausdrücklich schriebe, er solle die gekaufte Taube fliegen lassen. — Ihering fasst seine Theorie (S. 438) zusammen: „Beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände, — geht die Gefahr auf den Käufer erst über mit der wirklich beschafften Lieferung, die Lieferung aber geschieht bei ihm selbst (Holen), insofern nicht das Bringen oder Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist; die Ausscheidung ist dazu weder schlechthin erforderlich noch ausreichend.“ —

Man muss zugestehen, dass diese Theorie sowohl um ihrer praktischen Handlichkeit willen grossen Anklang gefunden hat, als noch vielleicht aus einem anderen, tiefer liegenden Grunde. Sie ist eben nichts Anderes, als die Darstellung derjenigen Rechtsanschauungen, welche sich auf germanischer Grundlage unter dem Einflusse des modernen Verkehrs in Deutschland ausgebildet haben, wie sich dieselben ja mehr oder minder umgestaltet in den grossen Codificationen, umgestaltet und verbildet nach dem damaligen Stande der Rechtswissenschaft, aussprechen. Ob sie darum den römischen Rechtsanschauungen entspricht, das dürfte doch eher zu verneinen sein, wie dies die Mehrzahl der Schriftsteller auch wirklich thut. — In zwei neueren Arbeiten wird die Theorie Iherings angenommen, während freilich die Ausgangspunkte der Autoren recht weit von einander zu liegen scheinen.

Goose (Jahrbücher für Dogmatik, Band IX 2) ist der Meinung, dass im Allgemeinen stets derjenige den casus trage, dessen Vermögen betroffen wird. Beim Gattungskaufe sei in obligatione nur ein Begriff, ein Abstractum, welches erst durch die Leistung zum Vermögensübergang fähiges Object werde und so die auf ein genus gehende, ursprüngliche Verbindlichkeit vernichte.

Stintzing (Jahrbücher für Dogmatik, Band X 3) leugnet, dass im römischen Rechte beim Kaufe der Übergang der Gefahr an den Abschluss des Vertrages geknüpft werde: derselbe sei allein abhängig von der Perfection des Kaufes. Diese Meinung, welcher die Quellen widersprechen (s. z. B. § 3 J. III 23 de emtione et venditione: Quum autem emtio et venditio contracta sit . . . periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet . . .) dürfte die Frage nach dem periculum beim Kaufe eher zu verdunkeln geeignet sein und hat auch kaum Anklang gefunden. Anstatt sich aber von dem einmal gewählten Ausgangspunkte den Principien Thöls zuzuwenden, wie man erwarten sollte, erklärt Stintzing die Vollziehung des Kaufes als geschehen mit der Leistung. Diese Leistung erfolge regelmässig durch Tradition: doch wolle beim Senden der Käufer die Übergabe an den Mittelsmann als Leistung gelten lassen. Durch Nebenberedung könne der Genuskauf auch schon vor der Übergabe zum Specieskauf werden. —

Soviel ist Ihering zuzugestehen, dass nicht allein die Unbestimmtheit der Waare, nicht allein die Unmöglichkeit, beim Genuskaufe zu constatiren, ob gerade die Waare des Käufers untergegangen sei, das vom Specieskaufe Unterscheidende sein könne: denn auch, wo diese Constatirung zweifellos und der Untergang der Waare erwiesen ist: nämlich, wenn das ganze genus vernichtet wurde, — auch dann gelten andere Grundsätze, hier und dort.

Vielmehr liege der Gegensatz darin, — das ist die Meinung Iherings, welche sich mehr oder minder entschieden in mannigfachen Wendungen darstellt, — dass beim Genuskaufe in obligatione stets ein genus sei; dagegen erst in solutione eine species: darum könnten die Grundsätze des Specieskaufes erst mit der Erfüllung, mit der Leistung eintreten.

Vielleicht empfiehlt es sich, hier anzumerken, wie Ihering, indem er äusserst entschieden die Specialisirungstheorie verwirft, gerade zu seiner Erfüllungstheorie an der Hand des Gedankens gelangt, dass die Grundsätze des Specieskaufes eintreten mit dem Zeitpunkte, da auch beim Genuskaufe

eine species vorhanden: nur verlegt er diesen Zeitpunkt erst in die Erfüllung, weil nach seiner Ansicht erst durch die solutio eine species geschaffen werde. Mit dem von Bekker geführten Nachweise, dass Gegenstand der obligatio nicht ein genus sei, so lange sie bestehe, ist darum u. E. nicht nur ein Beiwerk, sondern das Fundament der Ihering'schen Lehrmeinung vernichtet worden. — Ferner ist die eigenthümliche Unterscheidung zwischen Holen, Bringen, Schicken insofern nicht anzuerkennen, als damit nicht blos eine mechanische äusserliche Unterscheidung aufgestellt werden soll, sondern eine innerliche, begrifflich juristische. Hierin können wir Ihering so wenig folgen, als in seiner damit zusammenhängenden Ausführung, dass auch noch ausser traditio andere Arten der solutio des Kaufvertrages vorkommen könnten. Es hat denn mit Schärfe Bekker (S. 377) nachgewiesen, dass freilich, was Ihering erst besonders widerlegt, die solutio einer Obligation nicht nothwendig in einem tradere bestehen muss, dass aber der Kaufvertrag gerade eine derjenigen Obligationen ist, welche auf tradere und nur auf tradere gehen. Es kann obligatorische Verbindlichkeiten geben, bei denen die Erfüllung im Absenden liegt: nur sind das keine Verbindlichkeiten ex emto vendito. Zwar Bekkers Construction des von Ihering fingirten Rechtsfalles vom Fliegenlassen der gekauften Taube erscheint doch der Auffassung des Lebens ein wenig entgegengesetzt. Er sagt, indem der Verkäufer den Vogel fliegen lässt nach dem Willen des Käufers, handelte er als dessen Stellvertreter; seine Detention bildete das corpus des juristischen Besitzes des Käufers. Diese Tradition an sich selbst als an den Vertreter des Gegners, dieses constitutum possessorium, bei welchem Besitzergreifung und Dereliction sich vermischen, und welches wir, wenn hier, dann bei jedem Kaufvertrage annehmen können, — alles dieses erscheint recht gewagt. Die römischen Juristen dürften wohl hier, wenn von Anfang an die Abrede dahin ging, dass der Verkäufer den Vogel oder die Vögel fliegen lassen solle, die Annahme eines Kaufes nicht gebilligt haben: sondern die conventio als Innominatcontract aufgefasst haben. Dass derartige Verab-

redungen auch generisch geschlossen werden, kommt vor: es will Jemand zur Feier eines Ereignisses, wenn an einem entfernten Orte der Festzug z. B. vorüberkommt, eine Anzahl weisser Tauben auffliegen lassen. War aber die Absicht des Käufers erst nachträglich geäussert worden, so würden die Römer wohl eine nachträgliche Überführung der Kaufobligation in einen neuen Innominatcontract angenommen haben.

Die Leistung des Verkäufers geht beim Kaufe stets auf tradere: ein besonderes Mittelding, die Sendung giebt es nicht als solutio des Kaufvertrages.

Ferner ist auch nicht zuzugeben, dass aus keinem Grunde und auf keine Weise auch vor Erfüllung die Gefahr den Käufer treffen könne, wie Ihering behauptet. Es ist nichts anzugeben, warum ein Specieskauf aus dem Motive anders beurtheilt werden solle, als jeder andere Specieskauf, weil er anfänglich ein Genuskauf gewesen ist, vgl. Bekker S. 387. Und das wird doch Ihering anerkennen, dass durch nachträgliche Auswahl, die der Käufer selbst oder durch einen Stellvertreter vollzieht, die Umwandlung der nur generisch bezeichneten Waare in eine species möglich sein muss: und dass damit auch der Kauf als Vertrag über eine species anzusehen ist, namentlich auch in Bezug auf das Tragen der Gefahr.

§ 13.

Individualisirungstheorie.[21]) (Bekker.)

Der entscheidende Gesichtspunkt für den Übergang der Gefahr auf den Käufer ist nach Bekker, ob das Leistungsobject individualisirt ist, oder ob der Kauf noch nicht auf eine bestimmte species sich fixirt hat.

Diese Fixirung kann vor der Leistung geschehen, sie muss spätestens durch die Leistung geschehen.

Die Leistung besteht überall in der Tradition, nur fällt beim Holen und Bringen Hingabe und Annahme zusammen; dagegen beim Senden ist Hingabe durch den Verkäufer und

[21]) Bekker a. a. O., vergl. Regelsberger, S. 194, Hofmann, S. 126 ff.

Annahme durch den Käufer geschieden: die Hingabe erfolgt hier bei Absendung der Waare, die Annahme erfolgt bei der Ankunft. Erfolgt also beim Senden die Individualisirung erst mit und durch die Leistung, so geht die Gefahr stricto jure über mit der Annahme; indessen ist es als auf autonomer Verabredung beruhend anzusehen, dass die Gefahr vom Käufer bereits mit der Übergabe an die den Transport besorgende Person zu tragen sein solle, (also vertragsmässige Übernahme der Gefahr). Die Individualisirung kann nicht einseitig vorgenommen werden, denn es darf nicht bei einem Contrahenten stehen, nach Belieben die Lage des Gegenparts zu verschlimmern. — S. 382: „Es genügt nicht Ausscheidung, allein vom Verkäufer vorgenommen, auch nicht, was Thöl zweiseitige Ausscheidung nennt“ (sc. um vor der Tradition zu individualisiren) ... „darum genügt Bericht oder Anzeige der Art noch nicht, weil diese den Verkäufer der Regel nach nicht binden, wenigstens nicht mehr, als sonst Offerten. Denn ein solcher Bericht ist nichts anders, als die Offerte, ein individuell bestimmtes Leistungsobject an die Stelle des generisch bestimmten treten zu lassen.“

Indessen ergiebt ein genaueres Zusehen, dass die Ausscheidung von dem Charakter der Offerte, den ihr Bekker zuweist, so wenig wie möglich an sich hat: ja, dass man nicht einmal bildlich dieselbe ohne Gefahr mit einer Offerte vergleichen dürfte.

Eine Offerte ist eine Frage und ein bindendes Versprechen [22]), unter der Bedingung gegeben, dass die Frage bejaht werde. — Wozu hier die Frage, da man doch die Antwort kennt?

Was nicht abgelehnt werden kann, von dem kann man nur recht abusive sagen, es könne acceptirt werden; und eine Offerte, die acceptirt werden muss, kann man Offerte nur nennen, wenn man das Wort in demselben Sinne, wie überhaupt sonst eine bindende Rechtserklärung, wie eine andere verpflichtende Äusserung nimmt.

---

[22]) Entweder Schuldner oder Gläubiger, oder Schuldner und Gläubiger sein zu wollen; auch: „dare spondes?“ enthält eine Offerte.

Die Frage, die also in der Ausscheidung immanent liegen soll, müssen wir streichen. Es ist eben nicht zu leugnen, dass allgemein jede vertragsmässige species vom Käufer angenommen werden muss, ja, ist es doch ganz sicher consequent, zu sagen, dass der Käufer gemeinhin durch und beim Abschlusse bereits seinen Willen erklärt hat, in abstracto jede vertragsmässige Waare, also auch in concreto das ausgeschiedene Object anzunehmen.

Eine besondere nachträgliche Willenserklärung, als Consequenz des angeblichen Offertencharakters der Specialisirung; dieses wäre ein Luxus des Rechts, eine leere Formenvorschrift, wie sie aus allgemeinen Principien nimmermehr abzuleiten ist. Der Vergleich mit der litis denuntiatio bei der Klage wegen Entwehrung läge dann freilich nahe genug; aber wie sollte es denkbar sein, aus der Natur der Sache dieses formelle Erforderniss abzuleiten? Der Käufer muss auf die Frage mit ja antworten: er hat schon beim Abschlusse im voraus zugestimmt. Man kann hier den Satz l. 3 D. R. J. 50, 17 umkehren und sagen: ejus est velle, qui potest nolle; nur der kann seinen zustimmenden Willen erklären, der auch seinen Widerspruch erklären könnte.

Dass unsere Auffassung begründet, — dass in der That der Charakter einer Offerte der Ausscheidung nicht innewohnt, dass nicht erst eine Annahmeerklärung der Specialisirung die bindende Gewalt geben müsse, dieses ist für das römische Recht unmittelbar aus den Quellen nachzuweisen. — In dem berühmten fr. 66 § 3 D. de leg. II sagt Papinian in Bezug auf den Fall wenn homo generatim legatur: hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet. Danach würde als die Anschauung Papinians beim Genuskaufe etwa dieses zu gelten haben: Der Käufer hat beim Abschlusse erklärt, jedes der übersehbaren oder unübersehbaren Objecte von verabredeten Eigenschaften in specie als Waare annehmen zu wollen.

Er will jedes, also auch gewiss dasjenige Object, das der Verkäufer ihm definitiv bezeichnet. Durch die Ausscheidungsanzeige und die vorangegangene Erklärung des Käufers schon ist also allgemein die gemeinschaftliche Con-

centrirung des Willens vorhanden. Will man den Ausdruck von Offerte und Acceptation beibehalten (was freilich aus dem Grunde nicht anzurathen, dass so der Schein erregt wird, als sei dieser ganze Vorgang etwas independentes, ein losgelöstes Rechtsgeschäft, und nicht vielmehr ein immanenter Bestandtheil des Genuskaufes), so läge nach römischer Auffassung die Offerte gewiss nicht beim Verkäufer, sondern beim Käufer, und die Acceptation wäre nicht beim Käufer zu suchen, sondern beim Verkäufer, welcher die inter ceteras species des genus offerirte species ausschiede und bindend bezeichnete.

Eine Ungenauigkeit von Bekker ist es doch auch zu nennen, wenn er behauptet, dass beim Senden Hingabe und Annahme auseinanderfallen. Vielmehr ist auch hier die Tradition zeitlich ein einziger Act. Nur geschieht die Hingabe hier durch eine Mittelsperson, durch ein Instrument: vgl. Goldschmidt, Handelsrecht S. 632, 633: „Es soll in solchem Falle weder durch Absendung tradirt, noch ohne Tradition geliefert werden, sondern es soll durch die Zwischenperson tradirt werden."

Übereinstimmend sagt das Erkenntniss des O.-A.-G. zu Dresden (bei Seuffert Band 22, No. 202): „Es folgt daraus, dass erst mit dem gedachten Momente (sc. Empfangnahme des Käufers) des Verkäufers Pflicht zur Tradition als erfüllt angesehen werden kann." Ungenau aber ist es, wenn dasselbe Erkenntniss dann doch wieder die Absendung eine bedingte Übergabe, — bedingt durch die Genehmigung des Käufers, nennt.

Wenn endlich Bekker sagt, dass durch eine einseitige bindende Ausscheidung der Verkäufer es in der Hand habe, nach seinem Gefallen den Käufer durch Transferirung der Gefahr schlechter zu stellen, so ist das zunächst natürlich nur zutreffend für den Fall des Schickens, indem er in den übrigen Fällen coram emtore zuzumessen verpflichtet ist. Aber dann ist doch unterschätzt, wie dem Verkäufer aus dieser Erklärung solche Gegenpflichten in Ansehung der Waare erwachsen, dass darin, nach römischer Anschauung ein genügendes Äquivalent für das periculum beim Käufer gefunden wird. Dieses soll des weiteren später dargethan werden.

§ 14.

Wahltheorie.[23]) (Regelsberger.)

Regelsberger geht von dem nämlichen Grundgedanken aus, wie auch Bekker und Thöl: durch eine nachträgliche Fixirung des Objectes wird der Genuskauf zum Speciescaufe und mit den nämlichen Pflichten, die nun der Verkäufer in Ansehung der Waare trägt, hat er auch den nämlichen Vortheil, die Befreiung von der Gefahr. Eigen ist aber bei Regelsberger der Modus, durch welchen diese Fixirung zu Stande kommt.

Die Fixirung ist Wirkung der Consumption des Wahlrechtes durch den zur Wahl Berechtigten, durch Erklärung des Wahlberechtigten in der verabredeten Form. Beim Holen und Bringen ist eine Wahl nicht bindend, die früher oder nicht in Gegenwart des Käufers geschähe.

Dagegen beim Schicken ist das Moment der Wahl nicht vorgeschrieben: aber es ist nothwendig, dass eine Erklärung der Wahl an den Käufer stattfinde, sei es schriftlich durch Avisbriefe, sei es durch concludente Handlungen, wie: Übergabe an die Mittelsperson behufs Transportes und Überführung. — Zur Bindung des Verkäufers ist also nicht erforderlich, Wissen des Käufers (Thöl), oder Annahme des Käufers (Bekker), es genügt die in bindender Absicht abgegebene Erklärung, wie eine solche zum mindesten überall in der Tradition zu erblicken ist.

Es ist nicht nöthig, genauer auf die streitige Frage einzugehen, ob eine einseitige, in bindender Absicht abgegebene Erklärung die Wirkung haben kann, dass der Erklärende sein Recht durch eben diese Erklärung verliere. — Diese Frage scheint uns nach den mehr das Praktische berührenden Ausführungen Iherings, wie nach den theoretischen Deductionen Regelsbergers allerdings zu bejahen. — Immerhin ist doch in Betracht zu ziehen, dass die Specialisirung keineswegs blos eine Rechtsentäusserung des Verkäufers

[23]) Regelsberger, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 49, namentlich S. 212, und Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XIII, S. 108 f. Hofmann, S. 127 ff.

enthält. Sie bedeutet nicht blos, dass der Verkäufer kein anderes Object hujus generis liefern dürfe, dass er vielmehr gerade diese species zu tradiren gehalten sei: sie bedeutet doch auf der andern Seite auch, dass der Käufer kein anderes Object fordern dürfe, dass er nur diese species anzunehmen gehalten sei. Die Specialisirung ist nicht blos eine Rechtsentäusserung des Verkäufers: sie ist auch eine Rechtsentäusserung des Käufers. Der Verkäufer verliert dadurch ein Recht: dazu würde seine einseitige Erklärung hinreichen, der Käufer aber verliert dadurch auch ein Recht. Wie aber sollte der Käufer auf ein durch den Kaufabschluss erworbenes Recht nur mit der und durch die Erklärung des Verkäufers verzichtet haben? — Wie sollte er auch andrerseits, durch nichts, als eine einseitige Erklärung des Verkäufers, ohne eigenen Willen ein Recht erworben haben? Dies führt auch das Erkenntniss bei Seuffert, Band 13, No. 82 aus: „Die Ausscheidung und Versendung, sowie die Benachrichtigung war lediglich eine Handlung des Verkäufers, woraus ebendaher zwar dessen Wille erhellt, das Eigenthum auf den Käufer zu übertragen, nicht aber auf den Willen des letzteren geschlossen werden kann, das Eigenthum dieses Mehls auch zu erwerben.“ Hier scheint der Widerspruch in der Meinung Regelsbergers zu liegen. Dass trotzdem die Consequenzen, die er zieht, im allgemeinen wohl begründet sind, — das, und den Grund hiervon wird die weitere Darstellung ergeben.

Stellen wir diese vier Bearbeitungen nebeneinander, so zeigen sich zwei Gruppen:

Thöl, Bekker, Regelsberger unterwerfen den Genuskauf den Normen des Specieskaufes von dem Augenblicke an, da die Waare als species erscheint: Ihering unterwirft den Genuskauf besonderen Normen, so lange er als Kaufvertrag besteht: erst in der Erfüllung, der solutio geht die Umwandlung vor, dann aber ist eben keine obligatio mehr vorhanden.

Bei Thöl, Bekker und Regelsberger ist gemeinsames Erforderniss der Umwandlung in einen Specieskauf: Ausscheidung, mag sie nun durch den Verkäufer oder durch den Käufer oder in des Käufers Namen durch einen Dritten

erfolgen. Ausserdem fordert Thöl Wissen des Käufers, Bekker Wollen des Käufers, Regelsberger Erklärung an den Käufer von der geschehenen Ausscheidung.

Ihering dagegen verlangt Erfüllung der Kaufobligation, die wiederum in mannigfachen Gestalten sich zeigen kann.

§ 15.

Andere Schriftsteller und Judicatur.

Hofmann (S. 129) erklärt, dass wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen beim Specieskaufe der Käufer das periculum trägt, also nach einer Concentration des Objectes der Genuskauf nach denselben Normen in Ansehung der Gefahr zu beurtheilen ist.

Die Concentration muss spätestens mit der Tradition erfolgt sein. Früher kann sie geschehen durch Umwandlung des unbestimmten Objects kraft einer Verabredung, oder durch Consumption des Wahlrechts durch den Berechtigten.

Dass durch nachträgliche Abrede die generische Bezeichnung der Waare in eine specielle umgegossen werden kann, ist zweifellos: indessen kann man diese Art Specialisirung doch nicht auffassen als eine Entwickelungsphase des Genuskaufes, als eine Umwandlung von innen heraus, sondern als eine Novation, eine Umformung des gesammten Vertrages von aussen her. Im Grunde gehört dieser Fall also eigentlich nicht hierher.

Windscheid (§ 390 S. 459, Band II) lässt ebenfalls mit der Concentration die Gefahr übergehen; als welche Concentration entweder durch Leistung erfolge oder aber durch besondere Übereinkunft.

Beim Senden geschehe, ganz wie Ihering behauptet, der Übergang der Gefahr durch das Abschicken, die vollendete Absendung, indem Windscheid die Übergabe an die Mittelsperson als eine Tradition an den Stellvertreter des Käufers aufzufassen scheint. Vergl. S. 457 § 389 Not. 16: „Beauftragt der Käufer den Verkäufer, ihm das Gekaufte zu schicken, d. h. dasselbe statt ihm selbst, einer Mittelsperson zu übergeben, so ist mit der Übergabe an diese Mittelsperson die Leistung des Verkäufers vollständig beschafft.“

Dies gerade dürfte indessen, wie schon oben gesagt ist, nicht anzuerkennen sein. Siehe überdies noch Goldschmidt, S. 631, Handelsrecht § 66, Anm. 43: „Insbesondere ist die Annahme, dass der versendende Verkäufer überall oder auch nur in der Regel als Mandatar oder als Geschäftsführer des Käufers zur Besitzübertragung an denselben erscheine, eine völlig willkürliche. Die Versendung — geschieht keineswegs kraft selbständigen Auftrags des Käufers oder zufolge Geschäftsführung für ihn, sondern kraft eines — unter Entfernten selbstverständlichen Nebengedinges zum Kaufvertrage. Der Verkäufer übernimmt nicht die zweite Function eines Mandatars oder Geschäftsführers.“ — Ebenso ein Erkenntniss der Juristenfacultät zu Bonn. (Seufferts Archiv, Band IV, No. 91): . . . „Dass der Käufer immer schon dem Verkäufer stillschweigend das Mandat ertheilt, einen Frachtführer, den sich nur der Verkäufer dazu auszusuchen braucht, in seinem (des Käufers) Namen den Auftrag zu ertheilen, dass er die Waare für ihn in Empfang nehme und hinbringe . . ., dies anzunehmen wäre schon ganz unnöthig und künstlich.“ — Übereinstimmend Band 15, No. 21: „Die Ausscheidung oder Absendung vertritt . . . noch nicht die Tradition.“ Dagegen Band 14, No. 23 ebenda S. 633.

Vangerow (Leitfaden § 635, S. 451 Band III) ist der Meinung, dass bis zur Ausscheidung die Gefahr dem Verkäufer verbleibe.

Diese Ausscheidung verlangt nicht nothwendig Tradition: immer ist zum mindesten mehr, als einseitige Ausscheidung nöthig. Die Ausscheidung muss der Regel nach dem Käufer gegenüber erfolgen: doch ist seine Anerkennung nicht zu verlangen.

Die Erlaubniss zur einseitigen Ausscheidung liegt stillschweigend im Abschlusse eines Distanzkaufes. Aber auch hier ist nöthig, dass dem Käufer von der Ausscheidung Nachricht gegeben werde. Aus den Worten Vangerows selbst ist nicht zu ersehen, ob die Abgabe der Nachricht genügt, oder erst das Wissen des Käufers: indessen da Vangerow allgemein die Ansichten Thöls vertritt, wird an eine absichtliche Abweichung in den Worten: Nachricht geben,

wo Thöl bekanntlich Wissen des Käufers nöthig hält, kaum zu denken sein.

Puchta (Pandecten § 360): Wo ein Kauf vorliegt, über Gegenstände, die gemessen werden, auch wo einzelne ex toto auszuscheidende Theile verkauft werden, geht mit der Ausscheidung die Gefahr über, welche Ausscheidung durch Zumessung an den Käufer erfolgt.

Arndts (Pandecten § 302, S. 519) überweist, wenn der Kaufgegenstand gemessen wird, die Gefahr dem Verkäufer bis zur Zumessung.

Seuffert (Pandecten § 277) lässt die Gefahr mit der Ausscheidung übergehen. Kann, wie beim Distanzkaufe, der Käufer bei der Ausscheidung nicht zugegen sein, so ist nach Seufferts Meinung Voraussetzung des Übergangs des periculi, dass der Verkäufer Nachricht gegeben, die zur Identificirung der Waare geeignet ist, und dass Käufer selbe Nachricht erhalten.

Nach Sintenis (S. 596 Lehrbuch, § 116) tritt Perfection des Kaufes ein mit der definitiven Wahl der Objectes (also hier der Gedanke Regelsbergers). Indessen folgt dieser Schriftsteller in der Deduction, wann die Wahl vollzogen sei, zwar nicht direct der Ansicht Thöls, weil er sich überhaupt nicht darüber äussert: indessen kann man aus den Principien, die er in Not. 5 aufstellt, sicher schliessen, dass er eine Wissenschaft des Käufers von der geschehenen Ausscheidung und Wahl verlange.

Für Kuntze-Holzschuher (Theorie und Casuistik, § 280, S. 724) ist die zweiseitige Ausscheidung zum Übergange der Gefahr nöthig, das ist: Kenntniss des Käufers von der durch den Verkäufer vollzogenen Ausscheidung. Diese Zweiseitigkeit ist beim Platzkaufe, wenn Käufer und Verkäufer bei Ausscheidung anwesend sind, selbstverständlich. Beim Distanzkaufe hingegen wird die einseitige Ausscheidung nur durch die stille Ermächtigung des Käufers zur zweiseitigen. Es bedarf dann noch der Benachrichtigung des Käufers. Diese Benachrichtigung liegt schon in der Übergabe an denjenigen, welcher, sei es als Mandatar des Käufers oder des Verkäufers, den Transport vollzieht. — Die angebliche

Zweiseitigkeit der Ausscheidung ist im letzten Falle thatsächlich aufgegeben: denn dadurch, dass der Käufer dem Verkäufer, wie Holzschuher sagt, erlaubt, in seiner, des Käufers, Abwesenheit zum Ausscheiden zu schreiten, — durch diese Ermächtigung wird doch nun und nimmer, wie Holzschuher will, die einseitige Ausscheidung aufgehoben und in eine zweiseitige umgewandelt. Wenn diese Umwandlung wirklich schon durch die reine Ermächtigung einträte, wozu, wie Holzschuher ausdrücklich doch betont, — bedarf es noch der Thätigkeit des Verkäufers, wozu ist es dann nöthig, dass dieser dem Käufer die Ausscheidung auf eine ihm die Erkennbarkeit der species möglich machende Weise zur Kenntniss bringe.

Die Sache beruht darauf: dem Schriftsteller schiebt sich im Laufe der Deduction statt der Thöl'schen Anschauung als Erforderniss die Nothwendigkeit unter, dass sich die ausgeschiedene Waare als solche constatiren lasse, und über dieser Forderung abstrahirt er zum Schlusse von dem am Anfange aufgestellten Elemente der Wissenschaft des Käufers. Da er meint, dass der Schiffer oder Fuhrmann auch Mandatar des Verkäufers sein könne, wie sollte denn auch nun das Wissen des Käufers erzeugt werden durch die Übergabe des Verkäufers an seinen eigenen (des Verkäufers) Mandatar! — Holzschuher hat darum sehr Recht, wenn er besonders anführt, dass es Manche bedenklich finden, dass der Consens auf seiner (Käufer) Seite schon als vollständig gelten soll, während er die Waare noch nicht einmal gesehen hat. Das ist in der That nicht nur bedenklich von Holzschuhers Standpunkte aus, sondern für ihn gar nicht zu erklären, wie er selbst auch gar nicht eine Beschwichtigung dieser Bedenken unternimmt. Eine andere Frage ist es aber, ob von jedem Standpunkte aus diese Bedenken sich geltend machen können; — und das ist vielmehr zu verneinen.

Mommsen (Beitrag I, S. 340—342): Der Genuskauf ist ein bedingter Kauf. Mit Erfüllung der Bedingung, d. h. mit Zumessung an den Käufer trifft die Gefahr des Unterganges denselben: die Gefahr der Verschlechterung hat der Käufer seit Abschluss schon zu tragen.

Wie sehr die Quellen im Widerspruche mit dieser Theorie stehen, ist schon oben ausgeführt worden.

Was die Praxis der Gerichte belangt, so stellt das Erkenntniss bei Seuffert, Bd. XXII, 202 den Übergang der Gefahr auf die Fixirung des Objectes durch Ausscheidung. Diese müsse zweiseitig sein. Bei Distanzkäufen reicht einseitige Ausscheidung zu, wofern „nur der Käufer, hätte er dabei concurrirt, das ausgeschiedene Quantum als das wahre Vertragsobject anzuerkennen sich nicht hätte entbrechen dürfen." — Die Waare muss vertragsmässig sein. „Nur unter dieser Voraussetzung hat Käufer den casus zu tragen."

Hier also wird ein rein objectives Erforderniss beim Distanzkaufe postulirt und trotz der Berufung auf Thöl die Wissenschaft des Käufers nicht gefordert.

Die einseitige Auswahl durch den Verkäufer genügt auch dem O.-A.-G. zu Lübeck (Seuffert, Bd. XI, 1. 43) die Gefahr dem Käufer zuzuweisen.

In der Entscheidung des O.-A.-G. zu Kiel (Seuffert, Bd. XV, N. 21) wird der Übergang der Gefahr an die Ausscheidung und Absendung verkaufter Waaren geknüpft. Das Erkenntniss des Obertribunals zu Stuttgart adoptirt (Seuffert, Bd. XIII, 82) die Meinung Thöls, dass die Benachrichtigung des Käufers von der Ausscheidung die Wirkung des Übergangs der Gefahr auf den Käufer habe.

Mit der Begründung, dass die Übergabe an den Fuhrmann sich als erfüllte Tradition darstelle, lässt das Erkenntniss bei Seuffert, Bd. II, 168 die Gefahr von da ab dem Käufer.

V.

Resultat.

§ 16.

a) Während Ihering, wie er angiebt, zu seiner Lieferungstheorie auf intuitivem Wege gelangte, muss, nach dem oben über die Beschaffenheit der Quellen Ausgeführten, da die Gesetze keine Entscheidung für denjenigen Fall an die Hand geben, der allein als der kritische, die Theorieen prüfende

bezeichnet worden ist, für die allein richtige Methode der Untersuchung diejenige angesehen werden, welche Thöl, Bekker, Regelsberger gewählt haben: die inductive, aus dem Specieskaufe abstrahirende und das Princip mit den gebotenen Änderungen auf den Genuskauf anwendende Methode.

In der That haben wir nicht Veranlassung, noch Recht, für den Genuskauf ein anderes Princip a priori dem römischen Rechte zu imputiren.

Eine solche Abweichung müsste uns durch zwingende positive Vorschriften aufgedrängt sein: wo die Gesetze schweigen, ist bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen, dass die principielle Normirung anzuwenden sei. Indessen ist es nicht gestattet, bei der positiven Vorschrift über die Gefahr beim Specieskaufe Halt zu machen: ein sicherer Schluss aus der Natur der Sache wird erst möglich, wo wir die innere Motivirung dieses Satzes kennen, wenn wir die ratio der Normirung gefunden.

b) Bei dem heutigen Stande der Wissenschaft ist für den Specieskauf unbezweifelter Grundsatz: die Gefahr trägt vom Abschlusse an der Käufer.

Sehr bestritten aber sind die Gründe dieser Bestimmung. Aus allgemeinen Gründen hat diese Bestimmung Wächter zu rechtfertigen gesucht. Nach dem Satze: casus a nullo praestantur in Verbindung mit dem Principe, dass impossibilium nulla obligatio wird der Verkäufer durch diejenige Unmöglichkeit befreit, die eine Folge casuellen Schadens ist. — Dem Käufer steht eine solche excusatio nicht zu: denn Geld ist ein genus, das nicht untergeht. § 3 Just. III, 23: de emtione et venditione: quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.

Diese Meinung führt das Erkenntniss bei Seuffert, Bd. IV, 91 aus.

Gegen dieselbe ist hervorzuheben, dass aus der casuellen Natur des Schadens nur folgt, dass der Verkäufer wegen Nichtleistung nicht auch das Interesse zu prästiren habe: keineswegs aber weiter, dass Käufer nun den Preis zahlen müsse. — Casus entschuldigt den Verkäufer, belastet aber nicht den Käufer. — Dieses einseitige Fortdauern der Kauf-

obligation steht andrerseits mit der synallagmatischen Natur des Rechtsgeschäftes schlechtweg im Widerspruch; vergl. den berühmten Aufsatz Kellers, Jahrb. des gemeinen Rechts IV, S. 352 fg., 358 fg., Bruck a. a. O. 13 ff.

Fuchs (in den oben angegebenen Aufsätzen, Archiv für civ. Praxis, Band 34, S. 410) erklärt den Satz aus der Fiction der Erfüllung, welche überhaupt bei obligatorischen Verhältnissen platzgreife, wo die vertragsmässige Leistung casuell unmöglich werde. — In den Quellen ist keine Spur von dieser Fiction aufzutreiben. Eine Stelle, l. 39 D. de R. J., in die Fuchs eine principielle Fixirung seiner Theorie hineinlegen will, ist von Mommsen (I. S. 328. 329) als bedeutungslos für unsere Frage nachgewiesen worden: in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat; wo zunächst das Gewicht allein auf „morae" zu legen ist. — Der Satz ist, wie Ihering sehr wahr bemerkt, nichts, als die etwas phrasenhafte Bezeichnung des zu erklärenden Principes.

Mommsen (S. 331 a. a. O.) verwirft den Satz von der fingirten Erfüllung für die obligatorischen Rechte im Allgemeinen: dagegen erkennt er ihn an gerade für den Kaufcontract: „Es treten also ganz dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Verkäufer die contractlich übernommene Verpflichtung erfüllt hätte."

Eine Gruppe anderer Schriftsteller erklärt den Satz daraus, dass die Waare mit Abschluss des Vertrages als Bestandtheil des Vermögens des Käufers gelte.

Puchta (Pandecten S. 466): „Aus inneren Gründen ergiebt sich, dass bei Tauschverträgen überhaupt, die durch Consens perfect werden, der Umstand, dass die beiderseitige Vollziehung nicht gleich im Momente der Perfection geschehen sollte, die rechtliche Lage des Verhältnisses nicht ändern kann."

Der Gedanke ist hier der, dass der Käufer bereits beim Abschlusse sich die Waare hätte tradiren lassen können, dass er sie also gleichsam bereits in sein Vermögen aufgenommen hat. Die Macht, über die Waare zu disponiren,

ist an Statt der Tradition. Dem ist entgegenzusetzen, dass die inneren Gründe, welche bei Puchta fast für jeden Satz des römischen Rechtes sprechen, doch gerade dafür entscheiden müssten, zu distinguiren, ob die Obligation erfüllt, oder ob sie noch nicht erfüllt ist; und jener Ansicht Windscheids ist natürlich Puchta nicht, dass die Erfüllung schon im Abschlusse liege, dass der Verkäufer die Sache durch Abschluss schon weggebe, nicht sich verpflichte, sie wegzugeben. Was ist dann aber wichtiger für die Obligation, als ihre Erfüllung, und diese soll aus inneren Gründen nicht berücksichtigt werden! Den Reichthum der juristischen Gedanken zeigt weiter Puchta auch hier; denn in einem zweiten Satze deutet er schon das Princip Iherings an: dass der Schuldner ja befreit worden wäre, wenn Käufer sich nur sofort hätte tradiren lassen: es könne aber diese Unterlassung nicht den Verkäufer benachtheiligen. Dagegen ist einzuwenden, dass also in dem Falle der Verkäufer mit der Gefahr zu belasten sein müsse, wenn durch sein Drängen, in seinem Interesse die Tradition unterblieben ist; — also z. B. wenn der gekaufte Ausstellungsgegenstand noch bis zum Ende der Ausstellung beim Verkäufer bleiben sollte, — was dem römischen Rechte unbekannt ist, l. 16 D. h. t. Vergl. auch das Erkenntniss des O.-A.-G. zu Lübeck (Seufferts Archiv I, 42), welches wörtlich anführt: „Der Beklagte entgegnet, die gedachte Regel gelte nur für den Fall, wenn der Käufer schon damals die Tradition habe verlangen können. In dieser Lage habe sich Beklagter nicht gefunden, weil dem Kläger der Gebrauch der verkauften Sache auf einige Zeit vorbehalten worden. . . In keiner der zahlreichen Gesetzesstellen ist eine derartige Beschränkung ausgesprochen.“ II. (Windscheid, S. 458.) „Der Grund des Satzes ist die Entäusserungsnatur des Kaufes, welche zu der Auffassung geführt hat, dass die Kaufsache, was das Verhältniss zwischen den Parteien angeht, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird.“ Soll mit dem „angesehen wird“ gesagt sein, es werde rechtlich angenommen, dass die Sache mit dem Abschlusse

übergegangen sei, so hat Ihering allen Grund, diese Erklärung als einen recht bedenklichen Ausdruck der Fictionstheorie zu bezeichnen (Ihering, Jahrb. Band III, S. 463). Die Consequenzen, die sich ergeben würden, wenn auch in anderer Richtung schon mit Abschluss die Sache als im Vermögen des Käufers fingirt würde, sind in der That nicht abzusehen.

Ist mit dem „angesehen wird" dagegen eine psychologische Erklärung beabsichtiget, so könnte man sofort einwenden, dass die Gesetze der Psychologie unter den nämlichen Bedingungen auch nämliche Wirkungen haben müssen, dass also kaum einzusehen, warum nicht auch bei den germanischen Völkern diese Auffassung sich zeigte.

Es ist aber gar nicht zuzugeben, nicht für das classische römische Recht, und noch viel weniger für das heutige Rechtsbewusstsein, dass die Sache wirklich so angesehen würde. Vielmehr sehen wir im Einklang mit den Römern die Waare als Eigenthum des Verkäufers an bis zur Tradition und lassen erst durch die Tradition, welche der Verkäufer schuldet, die res vendita in das Vermögen des Käufers gehen (vergl. auch Hofmann a. a. O. S. 14. 24). Dass auf einer früheren, unausgebildeten Stufe des Rechtslebens leichtlich ein Irrthum des Inhaltes denkbar, dass die Waare mit Abschluss des Kaufvertrages Eigenthum des Käufers sei, dieses erhellt noch für eine andere Zeit aus der Meinung des bei Hofmann S. 14 angeführten Autors Regnerus ab Oosterga, der ebenfalls dafür hält, dass nach jus gentium der Käufer sofort mit Abschluss Eigenthümer werde. Allein mit derartigen Hinweisen auf eine dann doch nur geschichtliche Auffassung wäre für die Geschichte des Satzes möglicherweise ein interessantes Moment, für seinen Inhalt vielleicht ein unentbehrliches Erkennungsmittel gegeben: für seine Erklärung, seine Construction, seine Stellung im positiven Rechtssysteme ist damit nichts geschehen. Die wissenschaftliche Behandlung verlangt einen Grund für den Satz, der nicht aus der Vergangenheit, sondern aus der Gegenwart hergenommen ist. Eine Anschauung, die nur

von einer vergangenen Stufe des Rechtslebens gehegt wurde, ist für die Construction aus dem Grunde gleichgültig, weil sie nicht unsere Anschauung ist. Erklären heisst einen Rechtssatz zurückführen auf ein Princip des positiven gegenwärtigen Rechtssystems; oder ihn in rechtliche Beziehung zu einem anderen Satze des positiven Rechtssystemes setzen oder ihn aus einem praktischen Bedürfnisse ableiten, welches, gegenwärtig vorhanden, zu einer Abweichung von den Normen des geltenden Rechtssystemes nöthigt.

Dieses gilt aber auch für die Deductionen Hofmanns. — Zu sagen, der Satz sei aus dem griechischen Recht dem römischen überliefert, — das heisst nicht eine Erklärung geben, das heisst sie zurückschieben. —

Was aber Windscheid zur Erklärung des Satzes anführt, ist nach dem Gesagten entweder überhaupt keine Erklärung, oder eine andere Formulirung der Meinung von Fuchs.

Ihering erklärt den Satz aus dem Principe der Praktikabilität des Rechtes. Die Berücksichtigung der leichten Handhabung der Rechtsnormen ist ja im römischen Rechte vorzüglich ausgebildet; und soviel ist wohl auch zweifellos, dass kein ausgebildeteres Rechtssystem bei der Häufigkeit und dem Bedürfniss schleuniger Entscheidung der Streitigkeiten aus Kaufverträgen daran denken kann, eine Theilung der Gefahr zwischen den Contrahenten im Allgemeinen aufzustellen. Gerade hier kommt es zumeist darauf an, die Processe durch eine einfache Norm zu beendigen. Der Käufer oder der Verkäufer, Einer muss die Gefahr und die ganze Gefahr tragen. Ihering meint nun, dass die Billigkeit für den Verkäufer spreche und gegen den Käufer, indem dieser die culpa an der verzögerten Übergabe trage; dass darum die culpa präsuntiv diesem Käufer zu Ungunst geschrieben werde, wiederum aus Gründen der Praktikabilität, um keiner langen Untersuchung über die wirkliche Verschuldung zu bedürfen.

Dass die Meinung von der Verschuldung der verzögerten Übergabe durch den Käufer Anhalt in den thatsächlichen

Verhältnissen des Lebens nicht habe, ist doch wohl klar. Dass die Billigkeit gegen den Käufer streite, dieses ist aus der Natur der Sache nicht zu entnehmen: wie auch ein Blick auf die germanischen Rechtssysteme allein zur Folgerung triebe, dass die Billigkeit vermuthlich wider den Verkäufer streite.

c) Soviel ist man wohl befugt auszusprechen, dass in der That jedes System, das entwickelte — und noch viel mehr das unentwickeltere Recht bei der Unbehülflichkeit seiner Ausübung und Anwendung, — dazu gedrängt wird, die ganze Gefahr einem und nur einem der Contrahenten zuzuweisen. — Es kann, wie Hofmann (a. a. O. S. 4) bemerkt, nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein, ein wirthschaftliches Unglück in seinem Erfolge zu vervielfältigen. „Der Blitz schlägt gleichzeitig nicht in mehrere Orte ein."

In diesem unbewussten Streben hat in der That das römische System sowohl, wie das germanische Recht einer Person die ganze Gefahr zur Last gelegt. Dieses eben folgt aus dem Grunde, welchen Ihering für den römischen Satz citirt, folgt aus der Rücksicht auf die Praktikabilität: nicht aber noch weiter, dass es der Käufer gerade sei, den die Gefahr treffe. Es ist keinerlei Grund vorhanden, dessentwegen die Rechtsnorm schwieriger zu handhaben wäre, wenn allein der Käufer die Gefahr trägt, als wenn sie der Verkäufer zu fühlen hat. Die ziemlich einstimmige Beurtheilung, welche der römische Satz de lege ferenda gefunden, spricht wohl eher für das Gegentheil.

Es soll nun zunächst unsere Meinung über den geschichtlichen Ursprung des römischen Satzes angegeben werden, danach aber die wirkliche Construction dieser Normirung erfolgen: die positive Erklärung aus einer anderen positiven Anschauung des römischen Rechtes.

Nichts ist oft der Erhellung eines Satzes dienlicher, als die Heranziehung, der Vergleich mit seinem Gegentheile. Es wird sich darum empfehlen, nur kurz die Bestimmungen der germanischen Rechte zu berühren.

Es ist schon oben beiläufig bemerkt worden, wie das germanische Recht bis zur Tradition die Gefahr dem

Verkäufer lasse. Dies ist von Stobbe (Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 50 ff.) mit der grösstmöglichen Evidenz dargethan, und wenn nicht Stobbe dieses ausdrücklich nachgewiesen hätte, so genügte der Hinweis auf die Anschauungen der Laien, die, nicht durch die Schule des römischen Rechts gegangen, noch heut es wunderbar finden, dass sie den Kaufpreis eines Pferdes bezahlen sollen, das der Blitz im Hause des Verkäufers erschlagen.[24])

Dem entsprechend bestimmt z. B. das lübische Recht (Abtheilung IV, N. 99): So wor einer etwes vorkûfft unde dem gude schaden to quôme, den schaden schal wheren dejenne der dat gudt vorkofft hett.[25])

Übereinstimmend urtheilte die Praxis der Magdeburger Schöffen (Magdeburger Fragen, Buch I, Cap. 6, Art. 6): Der Käufer eines Hauses hat mit dem Verkäufer einen späteren Zahlungstermin ausgemacht. Auf Mahnung wendet Käufer ein, das Haus sei inzwischen niedergebrannt. Die Schöffen finden: „in Erwägung, dass der Mann, der das Haus verkauft hat, dem Käufer das Haus nicht aufgereicht vor gehegtem Dinge, er solle den Schaden haben, und nicht der Käufer."

Hier also tritt der germanische Grundsatz in seiner Reinheit dem römischen Princip entgegen.

Was nun den Grund dieser eigenartigen Normirung anlangt, so hat sich Stobbe, wenn auch nur vermuthend dahin ausgesprochen, dass der germanische Kauf ursprünglich erst mit der Übergabe der Sache absolut bindend gewesen sei. — Es bleibt dieses aber eben eine Hypothese: Stobbe wird kaum den Keim eines Beweises in den Worten der lex Romana Burgundionum, tit. XXXV de venditione[26]), wie sie Hofmann S. 31 anführt, sehen wollen.

---

[24]) Vgl. Stobbe a. a. O. S. 279.

[25]) Vgl. auch die anderen bei Stobbe citirten Rechte und Hofmann, S. 29 ff.

[26]) „Venditionem vero ex hoc maxime jus firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta." Dagegen wird nicht geleugnet werden können, dass der Kauf im germanischen Rechte, — nicht anders, als im römischen, — ursprünglich in der Form des Real-

Vielmehr werden wir den Grund dieser Abweichung in der abweichenden Natur der Gegenstände erblicken dürfen, welche während der älteren Periode des germanischen Rechtes, des germanischen Verkehres sich als die üblichen Objecte des Kaufvertrages darstellen.

Die Germanen treten auf als ein Volk sesshafter und wahrhafter Bauern: Ihr Recht ist ein Landrecht, ein Bauernrecht. Ihr nationalökonomischer Zustand ist die Naturalwirthschaft. Eigene Arbeit zieht aus eigener Scholle, was zu des Leibes Nothdurft geboten ist. Das Korn auf dem Felde giebt die Hofspeise und giebt die Aussaat. Die Güter, welche zur Verwerthung durch Verkauf vorhanden wären, das sind die Stücke des Viehstandes, Pferd, Rind, Schaf, Ziege: das sind die Producte dieses Viehstandes: das ist in letzter Reihe das Hofgut selbst. Fragen wir weiter, wie der Verkäufer nach Abschluss und vor Erfüllung des Kaufes diesen Gütern gegenüber sich stellen muss, so ist klar, dass, mag ein Pferd verkauft sein oder nicht, es geritten werden muss; mag die Kuh verkauft sein oder nicht, sie muss gemolken werden. Die Frucht des verkauften Ackers muss geerntet, das reife Obst muss gepflückt, das stehende Gras muss abgemäht werden, — so nach wie vor dem Kaufabschlusse. Hier also wenigstens ist es gar nicht ohne eine den natürlichen Verhältnissen entgegengesetzte Auffassung der Dinge möglich, das commodum auf eine andere Seite zu legen, als auf die des Verkäufers. Es ist das nichts positives, nichts gewillkürtes für diese Fälle des Kaufes: es ist so zu sagen eine Nothwendigkeit. — Mit dieser Noth-

contractes auftritt. Siehe hierüber Sohm, das Recht der Eheschliessung, S. 25 bis 30. Es folgt hieraus, dass freilich die Verbindlichkeit des Kaufvertrages nicht schon entstanden ist mit dem Consense der Parteien über Preis und Waare: es ist aber andrerseits nicht die verbindende Kraft der Abrede davon abhängig, dass die Waare übergeben worden. Die Leistung auch nur eines der Contrahenten, und nicht minder die des Käufers, als die des Verkäufers bringt den Vertrag zum Abschluss. Es stand also auch den germanischen Stämmen von vornherein frei, die Gefahr dem Käufer oder dem Verkäufer zuzuweisen, und „die Gelegenheit, fehlzugreifen“ öffnete sich, wie gegen Hofmann (S. 31) bemerkt werden mag, diesen gerade so, wie den Römern.

wendigkeit ist aber auch schon dieser zweite Anspruch aufgestellt: dass eben der Verkäufer die Gefahr einer casuellen Vernichtung der Waare trage. Man kann diese gegenseitige Beziehung kaum mehr ein Postulat der Billigkeit nennen: es wäre das Gegentheil einfach eine Verleugnung des ethischen Grundgedankens im Rechte, des Principes der Gleichstellung der Persönlichkeit. Es kann nicht Sache des Richters sein, eine societas leonina einzuführen: Wind und Wetter muss gleich getheilt werden: wer den schlechten Tropfen hat, muss den guten Tropfen haben.

Man möchte hier mit Abänderung eines bekannten Wortes sagen: „non enim intelligetur commodum, nisi omni periculo deducto."

So hat das alte Recht der Germanen mit einer gewissen Nothwendigkeit, ausgehend von denjenigen Käufen, die damals üblich und möglich waren, den Weg einschlagen müssen, welchem das römische Recht auswich. Dass die einmal gefundene Normirung beibehalten worden ist, auch als die innere Nothwendigkeit derselben mit dem Absterben der Naturalwirthschaft weggefallen, dass diese dann auch andere Werthe ergriff, als solche, bei denen der Verkäufer die Naturalnutzung bis zur Übergabe fortübte, — dies ist eine leicht begreifliche Erscheinung. Und zwar um so leichter zu begreifen, als vielleicht gerade diese Normirung einem conservativen, dem Verkauf abgeneigten Zuge des deutschen Rechtsgeistes entgegenkam. Das germanische Recht auch der späteren Periode strebt bekanntlich nach der Conservirung der Güter bei dem Eigenthümer: und wie es in einer Anzahl von Rechtsschöpfungen das Streben darstellt, den Verkauf solcher Güter unmöglich zu machen, so befriedigt der Satz, dass, wenn Jemand eine Sache verkauft, er wenigstens die Gefahr des zufälligen Unterganges zu leiden habe, so befriedigt das Bewusstsein, dass er nicht noch aus ihrem Untergange Gewinn ziehen könne, die geheime Antipathie auch noch des späteren Rechtes gegen den Verkauf. Man wende nicht ein, dass die Abneigung gegen den Verkauf sich eben so sehr dem Käufer gegenüber regen müsse, als dem Verkäufer: wem machen wir noch heute die Vorwürfe,

dem Erben, welcher die ererbten Bilderschätze, das Stammschloss pietätlos veräussert, — dem verkaufenden Erben oder dem Käufer? —

Wenden wir uns dem römischen Rechte zu, so sehen wir, wie sich dort mit gleich starker Nothwendigkeit die entgegengesetzte Normirung einführt. Im Gegensatze zu dem Rechte der germanischen Völker ist das römische nicht Landrecht, sondern Stadtrecht; nicht Bauernrecht, sondern Handelsrecht der latinischen Kaufleute.

Stellen wir die nämlichen Fragen wie oben für das deutsche, so jetzt für das römische Recht, so müssen wir die Beziehung des Kaufmanns zu dem verkauften Handelsgute ziemlich als das Gegentheil bezeichnen von der Stellung des Bauern bis zur Übergabe des verkauften Gutes, des verkauften Pferdes und dergl. Nicht nur, dass der Kaufmann Früchte von dem Handelsgute nicht zieht und nicht ziehen kann; man darf recht eigentlich sagen, dass der Käufer schon mit Abschluss des Kaufes dasjenige erhalten hat, was für das Handelsgut der Möglichkeit einer Naturalabnutzung entspricht, nämlich die Möglichkeit des Weiterverkaufs.

Den Kaufleuten ist die wirthschaftliche Bestimmung des Handelsgutes, durch Weiterverkauf Gewinn zu geben, nicht aber durch Verbrauch.

Wer demnach die Möglichkeit hat, weiterzuverkaufen, dem ist die Möglichkeit gegeben, die ökonomische Frucht des Handelsgutes zu geniessen: wem der Verkauf entzogen ist, der ist der Möglichkeit des kaufmännischen uti frui entsetzt. Der Verkauf hier entspricht der landwirthschaftlichen Fruchtziehung oben: wie die Bewirthschaftung des verkauften Bauerngutes nothwendig und natürlich bis zur Übergabe dem Verkäufer, so ist die rechtliche Möglichkeit des Wiederverkaufs der verkauften Sache — das ist der nationalökonomische Endzweck des geschlossenen Kaufgeschäfts gerade und nur unter Handelsleuten — dem Käufer zugefallen schon mit dem perfecten Vertrage. Es ist also wenigstens für diese Gattung der Kaufverträge nichts willkürliches, wenn der Käufer den Vortheil des Kaufgeschäfts schon mit dem

Abschluss geniesst, und es ist andrerseits begreiflich, dass die Rechtsentwickelung der latinischen Handelscolonie Anlass nehmen konnte, diesen Vortheil, diese nothwendig günstigere Position des Käufers zu balanciren, indem man ihm die Last der Gefahr zubeschied, — da nun einmal diese Last einem der Contrahenten auferlegt werden musste.

Und es darf nicht übersehen werden, dass noch ein Anderes dazu mitgewirkt haben dürfte, dem Käufer das periculum zuzuwenden.

Hofmann hat auf den legislativen Zusammenhang hingewiesen, der, in dem Gesetz der zwölf Tafeln schon, besteht zwischen unserem Satze über die Gefahr, die der Käufer trägt, und der Bestimmung andrerseits, dass erst nach Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises das Eigenthum der Waare dem Käufer erworben werde. In der That hat die Normirung des periculi im römischen Rechte einen geheimen, vielleicht aber nicht weniger wirksamen Rückhalt gefunden in der Neigung des römischen Volksgeistes, in dem Bestreben eines Volkes von Kaufleuten, den Verkauf und den Verkäufer zu begünstigen, und selbst auf Kosten des Käufers. Dass darum, wie Hofmann meint, die römische Norm über das periculum dem griechischen Recht entlehnt sei, — dieses freilich anzunehmen ist keine Veranlassung; so wenig wir heute, den römischen Grammatikern gleich, annehmen, dass die anklingenden Worte der römischen Sprache dem Griechischen entstammen.

Gleiche Neigungen, Gleichheit der Gewerbe, im Ganzen: Gleichheit der Lebensverhältnisse bedingt Gleichheit des Rechtes.

Handeltreibende Nationen zeigen darum in ihren Handelsrechtsnormen die auffälligste Übereinstimmung, so heut wie ehedem.

Belehrend ist denn auch, in Ansehung der legislativen Tendenz des Satzes, die Vergleichung mit dem Rechte, das sich die Hamburger Kaufleute setzen. Während, wie oben bemerkt, das germanische Recht die Gefahr dem Verkäufer bis zur Übergabe lässt, haben die hanseatischen Kaufherren, genau wie ehedem die römischen Grosshändler und die

griechischen Rheder die Gefahr dem Verkäufer abgenommen, abgenommen aber, und das ist das bezeichnende nur für den Theil des Rechtsgebietes, da sie Kaufleute sind: für den Kauf fahrender Habe; dagegen für liegendes Gut dort, wo sie nicht Kaufleute sind, sondern deutsche Grundeigenthümer, da conserviren sie das germanische Princip, da trägt bis zur Auflassung der Verkäufer die Gefahr (Hamburger Stadtrecht Th. II Tit. 8 Art. 13): Sobald der Kauf in allen seinen Punkten über fahrende Haab vollzogen, so ist insgemein der Schade und Vortheil, so dem gute begegnet und zuwächst, des Käufers, wenn schon die Waaren in des Verkäufers Packraum und Verwahrung verblieben. In liegenden Gütern aber kann kein Schade oder Vortheil dem Käufer zugerechnet werden, es sei ihm den verlassen.

Um das Resultat zusammenzufassen, so hat das römische Recht, ausgehend und beeinflusst einerseits durch die besondere Natur der Handelskäufe, andererseits durch die legislative Tendenz der Begünstigung des Verkäufers, von den zwei Normirungen, die zu wählen waren, für die allgemeine Bestimmung sich entschieden, dass der Käufer die Gefahr der verkauften Waare vom Kaufabschlusse an tragen solle.

Demnach stellt sich die Norm als Consequenz der geschichtlichen Verhältnisse dar. Die angeführten Momente sind die Veranlassungen der Norm gewesen, nicht ihre Begründung. Nicht aus der Natur der Handelskäufe, nicht etwa aus der Möglichkeit des Weiterverkaufs beim Käufer hat das alte Recht den Satz abgeleitet, hat es ihn motivirt. Weil es thatsächlich Handelskäufe vor Augen hatte, desshalb vielmehr hat das Recht allgemein bestimmt: die Gefahr trägt der Käufer. — Nur diese positive Bestimmung hinterliess es einer fortschreitenden Cultur, einer feinfühlenden Jurisprudenz zur Durchbildung, zur Entwickelung, zur Motivirung. Und so ist dann freilich wie die Entwickelung, so die Motivirung in einer Gestalt erfolgt, die den historischen Ausgangspunkt und die historisch einseitige Form der Bestimmung in geschickter Weise verschwinden lässt.

Wenn für die Handelskäufe die Zuweisung der Gefahr an den Käufer allerdings den Schein der Billigkeit zeigte,

weil der Käufer bei diesen doch auch das ökonomische Ziel, die Möglichkeit des Weiterverkaufes durch den Abschluss bereits erworben hatte, so ermangelte einer andern Zahl von Kaufverträgen, so fehlte allen Nicht-Handelskäufen dieses verborgene, ausgleichende Moment gänzlich. Und doch war mit der Entwickelung der latinischen Handelscolonie zum Weltstaate diese letztere Quote der Kaufverträge den Geschäften des kaufmännischen Handels wohlgleichwerthig an die Seite getreten. In ihrer allgemeinen Geltung also trug die Zuweisung der Gefahr an den Käufer ganz ausgeprägt den Charakter historischer Zufälligkeit, Einseitigkeit und Unbilligkeit. Hier musste die Thätigkeit des schaffenden Rechtsgeistes wirksam werden. Und da für das gesammte Gebiet der Kaufverträge dasjenige Moment nicht als genügende Ausgleichung sich darstellte, was allerdings bei den Handelskäufen die Last der Gefahr dem Käufer balancirte, so schiebt sich nun ein neues Moment in das Verhältniss zwischen den Parteien ein: die dem Verkäufer bis zur Übergabe der Waare auferlegte custodia.

Diese custodia hat der Käufer vom Verkäufer zu verlangen, wie dieser von jenem die Tragung der Gefahr. Die Belastung des Verkäufers mit der custodia ist als Ausgleichung eingeführt, weil nicht bei allen Kaufverträgen ein indirecter Vortheil, bei keinem eine positive, directe Berechtigung dem Käufer seine Belastung mit dem periculo aufwog. Die neue Verpflichtung des Verkäufers zur custodia erst gleicht die einseitige Belastung des Käufers aus: synallagmatisch gleichsam wird sie mit dessen Pflicht verknüpft, und in der Art, dass der Käufer periculum gegen custodia prästirt, der Verkäufer custodia gegen periculum. Dies ist auch in der Stelle l. 14 pr. D. de furt. 47, 2 gesagt: et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante rei traditionem praestet.

Die juristische Technik aber wendet sich nun dieser nachträglich eingeführten Pflicht des Verkäufers zur custodia zu, und diese Pflicht vertiefend und auf ein Grundprincip zurückführend, gelangt sie zum Ziele: zur Erklärung und

Begründung der bereits vorhandenen Norm, dass der Käufer die Gefahr der verkauften Sache trage.

Nämlich, um das Resultat vorweg zu nehmen: im klassischen römischen Recht ist die Last der Gefahr beim Käufer das Aequivalent für die Verpflichtungen des Verkäufers zur custodia und zu den übrigen Accessorien, welche alle bedingt und begründet sind durch den Übergang der Waare in die Vermögenssphäre des Käufers. Dem Ergebnisse nach hat also die Anschauung des classischen Rechtes das historische Verhältniss am Ende umgekehrt, einer innerlichen Auffassung zu Liebe: denn die Pflicht des Verkäufers zur custodia ist nachträglich eingeführt, das frühere periculum beim Käufer zu mildern und auszugleichen; nun stellt sich als das primäre die custodia dar und die anderen, weiter unten zu detaillirenden Pflichten des Verkäufers, während die custodia selbst gleichsam ex natura rei fliessend dargestellt wird: die Pflicht des Käufers erscheint nun als die Folgerung, als ein Postulat der Billigkeit. Wie auch sonst in der Rechtsentwickelung tritt das historisch nachfolgende als das primäre auf: das ursprüngliche aber nur als eine Consequenz desselben. —

Folgendes aber ist der vermittelnde Gedankengang, der Gedankengang, der dazu führt, die custodia als ein ursprüngliches aufzufassen.

Mit der Perfection des Kaufvertrages tritt die Waare in die Vermögenssphäre des Käufers.

Nicht in sein Vermögen!

Denn das Eigenthum der verkauften Sache ist nach wie vor beim Verkäufer bis zur Übergabe. Der Verkäufer ist dinglich Eigenthümer: nur obligatorisch ist er verpflichtet, sich der Ausübung gewisser Befugnisse des Eigenthümers zu enthalten und diese selben Befugnisse hat durch den Abschluss der Käufer, der Nicht-Eigenthümer erworben. Schon durch den Abschluss hat sich der Verkäufer obligatorisch verpflichtet, das jus disponendi de substantia nicht zu üben; schon durch den Abschluss hat der Käufer dieses Recht erlangt.

Es würde der scholastischen Auffassung nicht fremd sein, den Käufer eben deshalb als einen quasi dominus zu be-

zeichnen, seine Rechte aber mit einem dominium utile über die Sache zu vergleichen. Dieser Erwerb der Dispositionsbefugniss auf der einen, dieser Verlust derselben auf der anderen Seite bewirken in ihrem Zusammenhange den Übergang der Waare in die Vermögenssphäre des Käufers.

Weil nun aber der Verkäufer der Waare gegenübersteht, gleichsam als dem Eigenthume eines anderen, des Käufers, darum soll er dieselbe auch behandeln wie ein ihm anvertrautes, ihm geliehenes Object, daran ein anderer Eigenthumsrecht hat; darum ist der Verkäufer gehalten, der Waare diejenige Sorgfalt, Pflege, Aufmerksamkeit zuzuwenden, die ein gewissenhafter Mann solch geliehenem Gute zuzuwenden pflegt. Das Recht sanctionirt nur ein Gebot des Anstandes und der Ehrlichkeit, indem es dem Verkäufer die custodia der verkauften Sache auferlegt. Sie erscheint im classischen Rechte nunmehr als eine innere Consequenz des Übergangs in die Vermögenssphäre des Käufers, wie solcher mit Abschluss bezüglich der Waare vollzogen ist.

Dieser allgemeine Gedanke nun ist aber von den Juristen mit eigenthümlicher Consequenz durchgeführt und in seine Verzweigungen verfolgt worden.

Die Last der custodia wird direct mit dem Hinweis auf diese Anschauung in der l. 3 D. de per. et com. 18, 6 dem Verkäufer auferlegt. Custodiam autem venditor talem praestare debet, qualem praestant hi, quibus res commodata est, ut et diligentiam praestet exactiorem, quam suis rebus adhiberet.

Hier wird also implicite die Sache geradezu so dargestellt, als sei die res vendita eben nicht mehr sua des Verkäufers. Damit soll nun nicht etwa gesagt sein, dass der Verkäufer kein Eigenthum an derselben habe. Dieses nudum dominium hat er vielmehr ganz zweifellos. Nur aus seiner Vermögenssphäre ist sie ausgetreten in die des Käufers: darum erscheint der Verkäufer als quasi non dominus.

Nun aber weiter die einzelnen Consequenzen der angeführten allgemeinen Anschauung!

Der Jurist Paullus weist in den Sent. II, 31 § 17 dem Käufer neben dem Verkäufer die actio furti bezüglich der

verkauften Sache zu: si res vendita ante traditionem sub repta sit, emtor et venditor furti agere possunt.

Der Satz ist in die Compilation nicht aufgenommen, aber nichts desto weniger bezeichnend für die Durchbildung des Principes.

Weiter: der Eigenthümer kann Früchte von seiner Sache ziehen: die Früchte der verkauften Sache erhält aber der Käufer. Der Eigenthümer der verkauften Sache ist gehalten, dieselbe in grosser Gefahr vor den nicht verkauften zu retten, l. 5 § 4 D. commodati 13, 6.

Abgaben von der verkauften Sache zahlt der Käufer: die Aufwendungen, die der Verkäufer auf dieselbe macht, muss ihm der Käufer ersetzen, — ihm, also dem Eigenthümer. Aus dieser eigenthümlichen Beziehung des Verkäufers zu seiner verkauften Sache sollen nach Hofmann (a. a. O. S. 163, 164) sich auch zwei bekannte, viel behandelte Gesetzesstellen erklären, nämlich ll. 12—14 D. h. t. 18, 6.

Es ist bekannt, dass auf Grund dieser Stellen dereinst Cujacius den germanischen Rechtssatz für das römische Recht vertheidigt hatte.

In der That ist aber hier gar nicht die Frage nach dem Tragen der Gefahr direct gestellt und beantwortet, wie wiederum mit durchschlagenden Gründen von Köhler (Jahrbücher für Dogmatik Band XVII S. 288 ff.) nachgewiesen wird.

Die Stelle selbst ist von Ihering auf einen generischen Kauf von Betten bezogen worden, wie solches schon die Glossatoren meinten. Indessen gesteht er selbst, dass diese Erklärung — gegen welche Köhler S. 189 — mehr hineinzulegen, als herauszulesen sei, und dass sie zu wählen, weil keine andere passend erscheine.

Köhler (wie schon vorher Mommsen [Beitrag I S. 333]) ist der Meinung, dass dann das Stellen auf die Strasse eine berechtigte Handlung des Verkäufers war, wenn die tradirten Betten durch den Käufer nicht abgeholt wurden oder demselben eine Empfangsverzögerung zur Last fällt. Das Hinausstellen fasst gegen Mommsen und mit Recht Köhler (S. 311, 312) nicht als eine Preisgebung der Sachen auf, sondern als

einen Traditionsversuch, wie er auch darin zu sehen ist, dass im alten Rechte der Verkäufer den verkauften und nicht abgeholten Wein auf die Gasse schüttet. Damit erklärt Köhler sehr glücklich, dass dem Verkäufer bei rechtswidriger Sachverletzung die actio legis Aquiliae im fr. 14 gegeben wird.

Diejenige Entscheidung, welche von Hofmann (S. 163, 164) gegeben wird, geht dahin: Es handelt sich nicht um ein ordnungswidriges Hinausstellen, sondern darum, ob der Verkäufer jene exactior diligentia zu prästiren verpflichtet war, welche wir als eine jener Lasten des Verkäufers bezeichnen mussten, die auf der anderen Seite das Tragen der Gefahr begründen und bedingen. Das Hinausstellen ist für einen Depositar nur culpa levis; es beschwert ihn nicht; für denjenigen, der wie ein Commodatar eine eminente Sorgfalt zu prästiren angehalten ist, für den Verkäufer, ist es ein die Haftung begründendes Benehmen; aber auch nur so lange als er zur exactior diligentia verpflichtet ist, d. h. bis zur Tradition der Waare. Darum also der Hinweis auf die Tradition. — Nicht als Endpunkt des periculi, sondern als Endpunkt der exactior diligentia sei die Tradition hervorgehoben. Dieser Deutung steht entgegen, dass die Stelle nicht angiebt, warum das regelmässig ordnungswidrige Hinausstellen in concreto nicht ordnungswidrig sei.

Der von Hofmann angeführte Entscheidungsgrund ist dagegen in l. 14 § 1 D. h. t. massgebend.

Wer bezüglich der verkauften Balken die eminenteste Sorgfalt prästiren soll, der wird allerdings wohl verpflichtet sein, diese Balken so bewachen zu lassen, dass sie nicht gut gestohlen werden können. Dagegen waren die Balken schon tradirt, so haftet der Verkäufer nur wie ein Depositar; und von einem solchen ist es nicht zu verlangen, dass er etwa noch die Balken, wie Ihering sagt, ins Haus nehme oder durch eine Wache behüten lasse. Damit aber ist nicht behauptet, wie Ihering einwendet, dass nach Tradition der Verkäufer gar keine custodia zu prästiren habe; nur von der ausserordentlichen custodia, nur von der diligentia diligentissimi patris familias ist er frei.

Über den Schlusssatz, der die Ansicht ausspricht, dass mit Signirung der Waare durch den Käufer die Tradition erfolgt erscheine, was anscheinend im Widerspruche mit der l. 1 § 2 D. h. t. steht; soll hier nur soviel gesagt werden, dass das Entscheidende allein die Umstände sein werden, unter denen die Bezeichnung durch den Käufer erfolgte. Es wird quaestio facti sein: ob man die Signirung als ein Mittel ansehen soll, Verwechslungen hintenanzuhalten: oder ob man sie andererseits als die Bekundung einer longa manu traditio aufzufassen hat; vgl. auch l. 1 § 21 D. 41, 2: nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, etc.

Wir sehen also, wie consequent der Gedanke durchgebildet ist: dass die Entäusserung der Disposition über die verkaufte Waare und der Erwerb derselben auf der anderen Seite, wie solches beim Specieskaufe durch und mit dem Kaufabschlusse erfolgt, — dass diese den verkauften Gegenstand in die Vermögenssphäre des Käufers hinübergelangen lassen. Aus diesem Übergang folgt mit manchem anderen die Pflicht des Verkäufers, custodiam zu prästiren. Als Äquivalent dieser Pflichten aber erscheint die Belastung des Käufers mit der Gefahr.

Der bezeichnete Gedankengang und, damit zusammenhängend, die Durchbildung der gegenseitigen Parteibeziehungen beim Kaufvertrage stellt sich, bezüglich des Tragens der Gefahr, dar als ein Zurückgehen von der vorhandenen Pflicht des Verkäufers zur custodia auf das allgemeine Princip, und wieder als eine Rückanwendung dieses entdeckten Principes auf die Verpflichtung des Verkäufers im allgemeinen bezüglich der Waare. Diese Rückanwendung zieht nach sich eine Erweiterung der Pflicht zur custodia, und für diese erweiterte Pflicht, für die Gesammtheit der Belastungen wird der Verkäufer schadlos gehalten durch des Käufers Pflicht, das periculum zu tragen. —

Was nun die Meinung anlangt, dass das periculum beim Käufer nichts, als ein Äquivalent für die Verpflichtungen des Verkäufers sei, so ist dieselbe accessorisch bereits von Ihering herangezogen (Bd. III Jahrb. S. 965):

„Der Verkauf bindet ihm letzteren gegenüber die Hände, indem er ihn nämlich verpflichtet, die Sache für den Käufer liegen zu lassen, ihn damit also der Möglichkeit beraubt, durch anderweitige Dispositionen über die Sache den Zufall von sich abzuwehren. Die Entziehung der weiteren Verkaufsbefugniss ist eine Einbusse, die der Verkäufer durch den blossen Abschluss des Kaufcontractes erleidet, und für die, da sie nur dem Käufer zum Vortheile gereicht, es billig ist, dass letzterer ihn entschädige. Diese Entschädigung gewährt ihm eben die Verpflichtung des Käufers zum Tragen der Gefahr.“

Ähnlich spricht sich Regelsberger aus, (S. 203 seines wiederholt erwähnten Aufsatzes).

In den Vordergrund hat diese Meinung erst Martinius gestellt, namentlich auf S. 33 des oben angezeigten Dissertation, indem er zugleich auf die innere Umgestaltung hinweist, welche ein dem historischen Grunde nicht entsprechendes Moment als ratio der Normirung eingeführt hat.

Wenn wir nun aber das Resultat fixiren, und uns vergegenwärtigen, dass der die Zuweisung der Gefahr an den Käufer bedingende Übergang der Waare in die käuferische Vermögenssphäre wieder bewirkt wird durch die obligatorische Dispositionsentäusserung von Seiten des Verkäufers, durch den Dispositionserwerb von Seiten des Käufers, so können wir allgemein weiter schliessen und für alle Arten von Kaufverträgen bestimmen:

dass von dem Momente an, da — auch beim Genuskaufe — sowohl der Verkäufer verpflichtet ist, sich der Disposition über die Waare zu enthalten, als auch der Käufer berechtigt ist, sich dieser Disposition zu unterwinden,

von diesem Momente an die verkaufte Sache Quasitheil des käuferischen Vermögens,

damit Object der Pflichten des Verkäufers

und von diesem Momente der Käufer gehalten ist, die Gefahr der Waare zu tragen.

Es ist also für den Genuskauf im neuesten römischen Rechte der Übergang der Gefahr bedingt durch die That-

sache, dass der Verkäufer nicht mehr über eine gewisse species, der Häufer bereits über eine solche disponiren dürfe: dass Verkäufer nur diese species liefern, Käufer nur diese species fordern dürfe.

Der Übergang der Disposition aber ist eine Rechtsentäusserung auf Seiten des Eigenthümers, des Verkäufers, es ist ein Rechtserwerb auf Seiten des Nichteigenthümers, des Käufers.

Damit ist nun ohne weiteres klar, dass der Übergang der Gefahr beim Genuskaufe nicht einseitig bewirkt werden kann. Ich kann einseitig machen, dass ich mein Recht verliere; ich kann aber nicht einseitig machen, dass ein anderer ein Recht erwerbe.

Unerlässlich ist vielmehr danach zum Übergange der Dispositionsbefugniss und damit der Gefahr zweierlei: erklärter Entäusserungswille bezüglich der Dispositionsbefugniss durch den Verkäufer; erklärter Erwerbswille von Seiten des Käufers. Mit Recht hebt Windscheid hervor, zunächst für den alternativen Kauf, dass die durch Unbestimmtheit des Leistungsinhaltes erworbene vortheilhafte Stellung nur durch solche Mittel verloren werden könne, durch welche Rechte überhaupt verloren werden. Aber eben auch die Befreiung von der durch den unbestimmten Leistungsinhalt statuirten unvortheilhaften Stellung kann nur durch solche Mittel erworben werden, durch welche Rechte überhaupt erworben werden. —

Die weitere Frage aber geht dahin: in welcher Art haben die correspondirenden beiden Erklärungen bezüglich des jus disponendi zu erfolgen? Hier ist die Antwort: die Bestimmung darüber unterliegt der freiesten Autonomie der Parteien. Wie der Begriff des Genuskaufes sich abhebt durch die auf freier Autonomie der Contrahenten beruhende Bezeichnung des Leistungsinhaltes, so muss und so wird durch diese freie Autonomie die unbestimmte ursprüngliche Bezeichnung verengt, fixirt werden, so hat die Dispositionsentäusserung die Form ihrer Erklärungen zu suchen in dem freien Belieben der Parteien. Wie die

Freiheit in der Bestimmung des Leistungsinhalts entstanden, so muss sie aufhören und so hört sie auf.

Im einzelnen:

1. Die Reihenfolge der correspondirenden Erklärungen kann verschieden normirt sein. Die Entäusserungserklärung für die Disposition kann vorangehen: sie kann aber auch nachfolgen.

2. Die Erklärungen können gesondert, für sich erfolgen, sie können aber auch zusammen mit den Erklärungen beim Abschlusse erfolgen: die Entäusserungserklärung über die Disposition kann immanent liegen in der Entäusserungserklärung über die Waare selbst, über das Eigenthum selbst, ebenso die Erwerbserklärung über die Disposition kann durch die Erwerbserklärung über das Eigenthum geschehen.

3. Die Entäusserungserklärung kann so bestimmt werden, dass sie durch und nur durch Tradition erfolgen solle oder gar nur durch Tradition an einem bestimmten Orte: alles andere ist dann oder soll dann nicht als Entäusserungserklärung über die Disposition gelten. Es kann auch bestimmt werden, dass diese Entäusserungserklärung nur schriftlich, nur z. B. durch Avisbrief geschehen solle: oder aber nur durch eine concludente Handlung, wie z. B. durch Übergabe an denjenigen, welcher die Überführung an den Käufer übernimmt. Das nämliche Belieben der Parteien entscheidet für die Äusserungsart bei der Erwerbserklärung in Ansehung der Disposition.

Soviel ist festzuhalten, dass wie nun auch das Belieben die autonomische Willkür über die beiden Erklärungen verfügt haben möge, dass danach jede andere Erklärung, jeder andere Modus als nicht bindend unfähig ist, die Contrahenten in der gegenseitigen Dispositionsbefugniss über die Waare besser oder schlechter zu stellen: damit aber auch unfähig erscheint, irgend welche Änderung im Tragen der Gefahr zwischen den Contrahenten herbeizuführen. Dieses ist klar, dass die mechanische Ausscheidung vorangegangen sein muss, ehe der Dispositionsübergang thatsächlich erfolgen kann. Der Dispositionsübergang selbst setzt sowohl beide Erklärungen

voraus, als noch eine species, über welche die Disposition übertragen werden und erworben werden kann: also ausser diesen beiden Erklärungen noch die mechanische Ausscheidung.

Es ist aber hier anzumerken, wie ihrer inneren Natur zufolge die Rechtsform des Genuskaufes nicht die Bestimmung und das Ziel hat, generischer Kauf zu bleiben: dass sie vielmehr von vornherein intendirt, den vorübergehend unbestimmten Charakter aufzugeben und sich in einen Specieskauf umzuwandeln. Der Genuskauf ist eine vorübergehende Rechtsfigur: er ist gleichsam eine Vorstufe zum Specieskaufe, dessen Keim er bereits in sich birgt: einen Keim, den wir eben in den Normen zu erblicken haben, welche von Anfang dem Rechtsgeschäfte beigefügt sind über den künftigen Dispositionsübergang einer vertragsmässigen species.

Nach dem Gesagten ergiebt sich, dass die Aufgabe der Theorie nur sein kann, Interpretationsnormen für die von den Parteien beliebten, nur zu oft unbestimmten Wendungen, die manchmal das entscheidende Moment sehr implicite geben, aufzustellen.

Es sind aber die verschiedenen möglichen Fälle des Kaufabschlusses zu unterscheiden.

I. Es ist gar nichts weiter bestimmt worden: der Kauf des generisch bezeichneten Objectes liegt allein vor.

Auf Grund anderer, hier gleichgültiger Interpretationsregeln ist dann der Genuskauf so zu normiren, dass Käufer die Waare beim Verkäufer holen solle.

Dadurch nun, dass Käufer erklärt, die Waare holen zu wollen, erklärt er seinen Willen, über diejenige vertragsmässige species disponiren zu wollen, welche ihm in seiner Gegenwart der Verkäufer bei sich zumessen oder zuwägen tradiren werde. Diese species solle Waare sein: und nur über die in dieser Weise durch den Verkäufer bezeichnete Waare wolle er die käuferische Disposition erwerben.

Hier liegt also die Erwerbserklärung der Disposition in der Abschlusserklärung. Durch seine Äusserung, kaufen

zu wollen, hat Käufer implicite eine bestimmte Erklärung über den Dispositionserwerb gegeben.

Andrerseits ist auch eine Verabredung getroffen, auf welche Weise und wann und wo Verkäufer seine Entäusserungserklärung über die Disposition abgeben solle. Er soll sie nur in dem Momente abgeben dürfen, da Käufer die Waare zu holen kommt; er soll sie nur bei sich abgeben dürfen: er soll sie nur durch Tradition abgeben dürfen. Verkäufer ist also verpflichtet, dem abholenden Käufer die ausgeschiedene species bei sich zu tradiren: nur dann wird durch Zusammenschliessung von Dispositionserwerbserklärung und Dispositionsentäusserungserklärung der Dispositionsübergang bewerkstelligt. Nur dann wird der Übergang der Gefahr auf den Käufer eine unmittelbare Wirkung des Übergangs der Disposition sein.

Es hindert natürlich auch hier den Verkäufer nichts, vor der Tradition auszuscheiden: nur ist eine solche Ausscheidung gänzlich ohne Bedeutung für das periculum der species. Die Gefahr geht über erst und nur durch Tradition, wenn, stillschweigend oder ausdrücklich, das Holen der Waare ausbedungen ist.

II. Es ist ausgemacht worden, dass die Waare gebracht werde. Die Erwerbserklärung in Ansehung der Disposition liegt hier ebenfalls schon in der Kauferklärung des Käufers. Er erklärt, Waare solle diejenige vertragsmässige species sein, welche Verkäufer beim Käufer tradiren werde: ergo nur über diejenige species wolle er die käuferische Disposition erwerben, welche ihm Verkäufer bei ihm (Käufer) zumessen werde.

Zugleich liegt im Abschlusse die Verabredung, dass nur die Zumessung beim Käufer in Gegenwart des Käufers oder dessen Stellvertreters als Entäusserungserklärung über die Disposition der ausgeschiedenen species gelten solle.

Jede andere Erklärung, jede andere frühere, jede gleichzeitige Ausscheidung nicht beim Käufer ist nicht als bindend anzusehen, aber auch nicht als berechtigend. Nur für die Zumessung beim Käufer gilt die Erwerbserklärung des Käufers: nur durch Tradition beim Käufer wird ein Dispositionsüber-

gang bewirkt. Es kann der Verkäufer die ausgeschiedene species, wenn es ihm beliebt hat, vorher auszuscheiden, wechseln, verkaufen, verschenken, ganz nach Gefallen. Erst die Tradition beim Käufer bewirkt, dass Käufer nur und gerade diese species fordern, Verkäufer nur und gerade diese species liefern muss und darf. Erst mit diesem Acte ist durch zweier Willen zweifache Erklärung die Waare in die Vermögenssphäre des Käufers übergetreten, erst dann trägt der Käufer den Schaden, wenn dieser Quasitheil seines Vermögens schlechter wird oder untergeht.

III. Wenn die Contrahenten ausgemacht haben, die Waare solle gesendet werden, was beim Distanzkaufe stillschweigend geschieht, dann ist wiederum die Erwerbserklärung des Käufers in Ansehung der Disposition früher als die Entäusserungserklärung des Verkäufers darüber abgegeben und zwar gleichfalls durch Abschluss des Kaufvertrages selbst. Käufer erklärt damit, es solle Waare jedes vertragsmässige übersendete Gut sein, und er wolle die käuferische Disposition über jedes derartige Gut erwerben.

Es ist also noch die Entäusserungserklärung des Verkäufers nöthig, um den Dispositionsübergang zu bewirken.

Was nun die Art dieser Entäusserungserklärung anlangt, so liegt in dem Abschlusse des Genuskaufes über zu sendende Waare bereits die Normirung dahin: dass diese Erklärung nur entweder durch Avisbrief erfolgen dürfe oder nur durch Übergabe an den Spediteur, den Fuhrmann, jede andere Mittelsperson behufs Transportes zum Käufer. Also entweder durch eine concludente Handlung oder durch Schreiben. Nicht aber ist diese Wahl eine facultas alternativa: nicht entweder durch Avisbrief, oder durch Übergabe, je nach seinem einseitigen Belieben soll Verkäufer erklären dürfen. Vielmehr folgt aus der Natur dieser Bestimmungen als des Rechtsbrauches, als der Üsancen des Verkehrs, dass nur in dem Falle der Avisbrief das Mittel dieser Erklärung sein darf, wo der Verkehr dieses verlangt: hier aber ist dann auch nur dieser gestattet und die blosse Übergabe an den Spediteur gleichgültig. Hingegen, wo die Absendung

eines Avisbriefes nicht üblich ist, da ist das allein entscheidende die Übergabe an den Spediteur und dergl. und der Avisbrief ist hier als Erklärung nicht bindend und nicht berechtigend. Damit ist auch jene praktische Unleidlichkeit eliminirt, wodurch dem solches weder erwartenden, noch wünschenden Käufer das periculum überwiesen wird durch einseitige Mittheilung und Absendung schriftlichen Berichts. Der Verkäufer ist, wenn einmal Übersendung der species ausgemacht wurde, an den Modus der Erklärung ganz ausschliesslich gebunden, welcher bei dieser Übersendung regelmässig in Anwendung kommt. Natürlich ist es möglich, dass ihm eine facultas alternativa eingeräumt werde: aber diese Erlaubniss müsste ausdrücklich auf eine Abrede oder auf eine Üsance sich stützen. Dass die Disposition nicht erst übergeht, wenn Käufer den Avisbrief liest, sondern bereits wenn er vom Verkäufer abgesendet, auf die Post gegeben ist: dieses folgt von selbst aus seiner Natur als einer blossen Erklärung, in Anschung einer bereits vorhandenen zustimmenden Gegenerklärung. Es kann hier nur wiederholt werden, was oben gesagt wurde: wozu die Frage, wenn man die Antwort kennt! Eine einseitige Zurücknahme der Erwerbserklärung wäre nicht zu berücksichtigen. Aber allerdings ein blosses Schreiben im Bureau oder der Auftrag, den Avisbrief zu schreiben, ist nicht bindend und nicht berechtigend, weil ja eine Erklärung der Entäusserung an den Käufer durch den Avisbrief geschehen soll: eine Erklärung aber nach aussen wirken und darum aus der Privatsphäre des Verkäufers hinausgetreten sein muss. Ein Brief, der noch auf dem Pulte des Verkäufers liegt, ist ein juristischer Monolog; ein solcher kann nicht Rechte und nicht Pflichten begründen.

Je nach dem Gebrauche des Verkehrs also wird, namentlich bei Distanzkäufen, einmal durch Absendung des Avisbriefes, ein anderes Mal durch Übergabe an den Spediteur, die Mittelsperson die Entäusserungserklärung in Ansehung der Disposition, correspondirend mit der vorangegangenen Erwerbserklärung vor sich gehen. Damit ist der Verkäufer berechtigt, gerade diese abgesandte species zu geben; Käufer

gerade diese species zu fordern [27]) und mit dieser Fixirung ist dieselbe Normirung der Gefahr eingetreten, die für den Specieskauf schon beim Abschlusse vorhanden war.

IV. Ist ein Genuskauf so geschlossen, dass Käufer die Wahl haben solle: dann ist hier die Entäusserungserklärung über die Disposition früher als die Erwerbserklärung, nämlich mit Abschluss des Kaufes gegeben.

Durch Abschluss nämlich hat Verkäufer erklärt, Waare solle sein jedes vertragsmässige Gut, wie dies Käufer bezeichnen werde; das ist: er entäussere sich seiner Disposition als Verkäufer und Eigenthümer über diejenige Sache, welche Käufer wählen würde.

Die Erwerbserklärung des Käufers folgt hier zeitlich nach.

Da, wenn nichts anderes als Wille der Parteien zu erkennen ist, die Waare vom Käufer beim Verkäufer geholt werden soll, so ist beim Abschlusse des Kaufs auch schon der Modus für die spätere Erwerbserklärung des Käufers normirt worden und zwar dahin: der Käufer soll seinen Willen, über eine bestimmte vertragsmässige species zu disponiren, nur beim Verkäufer wirksam äussern können, er soll ihm dort äussern nur zur Zeit der Übergabe. — Die Mittel hingegen bei der Äusserung stehen ihm frei: er kann die species mit Zeichen beschreiben, er kann sie schweigend aussuchen, abmessen, abwägen; er kann auch die Stücke benennen: dieses Thun ist die Erklärung des Erwerbswillens über die Disposition. Aber nur die Bezeichnung am Tage der Lieferung, nur die Wahl beim Verkäufer, wenn nichts anderes ausgemacht ist, kann nach dem Vertrage als bindende Erwerbserklärung in Anschung der Disposition aufgefasst, kann überhaupt berücksichtigt werden. Er kann früher, so oft er will, Stücke benennen und wieder andere Stücke benennen: wenn dieses nicht bei Lieferung geschieht, so bindet und verpflichtet ihn das Gesagte nicht, und für den Verkäufer wiederum ist Alles nicht vorhanden. Er, der Käufer, kann vor Lieferzeit, wenn ihm der Verkäufer

[27]) Consequent ist der Verkäufer obligatorisch verpflichtet, die unterwegs befindliche Waare nicht anzuhalten.

solches erlauben will, zehnmal im Lager des Verkäufers erscheinen und zehnmal verschiedene Ballen roth anstreichen, ohne dass der Verkäufer ein Recht, der Käufer eine Pflicht auf diese Selbstgespräche gründen dürfte.

Hat dagegen in der vertragsmässigen Form der Käufer seinen Erwerbswillen erklärt, dann ist seine Forderung und die Pflicht des Verkäufers zweiseitig auf die bezeichnete species fixirt; und es findet der Übergang der Gefahr statt.

Nach der ganzen Deduction ist selbstverständlich, dass es den Parteien frei steht, andere Bestimmungen über Erklärung und über das Tragen der Gefahr zu wählen.

Dass ein Hinzutreten des Eigenthumsüberganges zu dem Dispositionsübergange: dass also Erfüllung erst recht das periculum übertragen müsse, das ist, nachdem erwiesen, wie die Erfüllung beim Kaufe stets als traditio sich darstellt, eigentlich anzuführen nicht nöthig.

Wollen wir das Resultat zusammenfassen, so wäre zu sagen:

I. Beim Kauf generisch bestimmter Objecte trifft die Gefahr der casuellen Verschlechterung und des casuellen Untergangs der Waare mit dem durch zweiseitige Erklärung bewirkten Dispositionsübergange den Käufer. Die zweiseitige Erklärung wird durch autonomes Belieben der Parteien normirt.

II. Ist Holen, Bringen, Senden der Waare ausbedungen, dann erfolgt die Erklärung des Käufers beim Abschlusse, die des Verkäufers

a. beim Holen: durch Zumessen beim Verkäufer,
b. beim Bringen: durch Zumessen beim Käufer,
c. beim Senden: durch Übergabe an die Mittelsperson oder durch Avisbrief.

III. Ist die Wahl dem Käufer ausgemacht: dann erfolgt die Erklärung des Verkäufers beim Abschlusse, die des Käufers durch Wahl am Orte des Käufers bei der Leistung.

VI.

§ 18.

Einfluss der mora auf die Tragung der Gefahr.[28])

A. Die Mora des Käufers alterirt die innere Normirung über die Tragung der Gefahr nicht im geringsten.

Die Mora giebt vielmehr nur dem Verkäufer einen Anspruch gegen den Käufer auf Prästation des Interesses. Ist nun durch die verzögerte Annahme auf Seiten des Käufers für den Verkäufer eine Unmöglichkeit bewirkt, diejenigen Acte vorzunehmen, welche ihn selbst vom periculum liberiren: dann trägt an und für sich der Verkäufer auch hier die Gefahr, aber sein Anspruch auf Interesseleistung gegen den Käufer begreift auch diesen Schaden in sich, den er durch des Käufers Verzug unschuldig erlitten hat. Es muss der Käufer ihm das Interesse daran leisten: das heisst, es wird dem Käufer gegenüber die Sache so angesehen, als wäre die unterbliebene Liberirung von der Gefahr wirklich erfolgt.

Dieses ist gemeint, wenn man, nicht gerade glücklich sagt: Die Mora des Käufers übertrage das periculum auf denselben. Das periculum wird gar nicht übertragen, es bleibt vielmehr beim Verkäufer: aber dass das periculum beim Verkäufer blieb, hat Käufer verschuldet, und darum hat er dafür dem Verkäufer aufzukommen: quia non teneretur, si creditor accipere voluisset (l. 72 pr. D. de solution 46, 3), womit gerade klar ausgedrückt ist, dass si creditor accipere noluit, debitor tenetur. —

Fragen wir: was muss geschehen sein, damit Käufer in mora sei: so ist man darüber einig, es müsse vorliegen auf Seite des Verkäufers: Oblation; auf Seite des Käufers: Nicht-Annahme.

Im Allgemeinen wird vom Verkäufer Realoblation gefordert werden müssen; in einigen Fällen wird auch die Verbaloblation genügen.

---

[28]) Mommsen, S. 296 — 306. Beitrag III. Ihering (Band IV. S. 433 — 438).

Im Einzelnen: Ist verabredet worden, dass Verkäufer die Waare bringe, dann wird es nöthig sein, dass derselbe mit der Waare beim Käufer erscheine.

Ist verabredet worden, dass Käufer die Waare holen solle, dann reicht Verbaloblation zu: ebenso wenn Käufer selbst die Waare beim Verkäufer wählen sollte.

Ist verabredet worden, dass Käufer die Waare geschickt erhalte und Käufer erklärt auf die Anzeige beabsichtigter Absendung, er werde die Waare nicht annehmen, dann ist er schon unzweifelhaft in mora, wenn auch an und für sich Realoblation zu fordern wäre.

Dies ist auch in dem Erkenntniss des R.-O.-H.-G. ausgeführt (Bd. X. S. 238), welches das Recht der Verkaufsandrohung schon vor Ankunft der Waare eintreten lässt, wofern der Käufer bereits vor dem Absenden deren Annahme abgelehnt hat.

Nicht nöthig dagegen ist es, um den Käufer in moram zu versetzen, dass, wenn aus einem übersehbaren genus gekauft wird, auch die mechanische Ausscheidung erfolgt sei. Hier wird denn auch, wofern der Käufer seinen Willen erklärt, nicht anzunehmen, die vorläufige Anzeige beabsichtigter Absendung zureichen, auch ohne die vollzogene Ausscheidung, die Gefahr dem Käufer zu überweisen. Liegt diese dahingehende Ablehnungserklärung des Käufers nicht vor, dann freilich ist eben eine Anzeige, ein Avisbrief ohne vorangehende mechanische Ausscheidung gänzlich bedeutungslos für das Tragen der Gefahr.

Hier geht die Gefahr ohne mora des Käufers allerdings auf denselben *nicht ohne Ausscheidung* über, wenn auch nicht allein durch Ausscheidung: diese ist vielmehr hier Bedingung, nicht Ursache des Überganges der Gefahr.

Liegt dagegen mora vor, dann ist die Ausscheidung der species aus dem übersehbaren genus *ganz entbehrlich*, um die Gefahr dem Käufer zuzuweisen. Die Ausscheidung ist hier weder Bedingung noch Ursache, und gleichgültig.

Wir haben darum zu unterscheiden: die mora des Käufers vor der Ausscheidung und die mora des Käufers nach der Ausscheidung.

B. Wenn der Käufer das in genere bestimmte Individuum nicht abholt, dann ist eine den Verkäufer liberirende Zumessung an den Käufer nicht möglich. Er hat also kein Interesse an der Ausscheidung und er wird dieselbe darum unterlassen, ohne dass deshalb Käufer weniger in mora ist. Die Ausscheidung kann ebenso unterbleiben, wenn der Verkäufer die Waare in genere bringt und der Käufer erklärt, er wolle nicht abnehmen. Auch hier liegt kein Interesse vor, das den Verkäufer veranlassen sollte, um das Beispiel Iherings beizubehalten, von seinem Wagen mit Kohlen (genus) die zu liefernden zehn Hectoliter (species) auszuscheiden, dass aber Käufer darum doch im Verzuge sei, ist zweifellos.

Ebenso wenn Verkäufer erklärt, er werde die bestellten Kohlen absenden, und Käufer erklärt, er werde dieselben nicht annehmen. Hier liegt keine Veranlassung vor, warum dann trotzdem die Kohlen ausgeschieden und dem Käufer übersendet werden sollten. Selbst ein späterer Sinneswechsel, wenn nicht noch rechtzeitig vom Käufer erklärt, ändert darin nichts; wie Mommsen hervorhebt, der Käufer muss sein Wort gegen sich gelten lassen. Wozu denn auch nun die Absendung, da die Nicht-Annahme erklärt ist? Wozu die Ausscheidung, da nicht Absendung folgt? Oder, wenn Verkäufer das verkaufte Getreide, den verkauften Wein in des Käufers Fässern, in des Käufers Säcken schicken sollte! Hier ist die allein relevante, in der verabredeten Weise zu vollziehende Ausscheidung gar nicht einmal denkbar, wenn dieser die Säcke nicht schickt. In allen diesen Fällen und ebenso, wenn der Käufer wählen sollte, und nicht erscheint, trotz Aufforderung des Verkäufers, überall liegt mora accipiendi des Käufers vor, bei fehlender Ausscheidung durch den Verkäufer.

Trifft also hier ein casus die Waare, so kann er sie nur im genus und durch das genus treffen.

Es kann in der That aber keinen Unterschied machen, ob nun die zehn Liter Wein separat untergehen oder aber im Stückfasse.

Wird demnach das genus vernichtet, bevor durch die Ausscheidung die species abgetrennt wurde, dann ist Verkäufer eigentlich um seinen Kaufpreis gekommen: denn die Dispositionsentäusserung ist gar nicht erfolgt; das periculum ist nicht zum Käufer übergegangen.

Allein Käufer hat dem Verkäufer das Interesse zu prästiren, und in Ansehung casuellen Untergangs beträgt dieses gerade die Zahlung des Kaufpreises. Der Käufer muss also doch zahlen, weil in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat, l. 39 D. 50, 17.

Geht das genus nur theilweise unter, dann prästirt Käufer auch nur ein proportionelles Interesse: er trägt das periculum zur Hälfte, wofern das genus während seiner mora zur Hälfte zu Grunde ging. Seine in genere befindliche species ist durch die Reducirung des genus auf eben den proportionellen Theil reducirt worden. Ihering bezeichnet das Verhältniss mit societas periculi.

C. Mora nach der Ausscheidung.

In den bezeichneten Fällen steht es dem Verkäufer andererseits auch zu, die species, welche er schuldet, aus dem genus auszuscheiden. Nur eine Ausnahme werden wir allgemein aufrecht erhalten: wenn ausdrücklich ausgemacht war, dass der Käufer ausscheiden solle. Doch auch hier ist mit Regelsberger dem Verkäufer nicht zu wehren, wenn er das genus, aus welchem der Käufer wählen soll, soweit andernorts verkauft, dass nur noch eine der geschuldeten gleiche Quantität übrig bleibt. Danach wird man nicht Bedenken tragen dürfen, diejenigen Grundsätze, welche das R. O. H. G. in dem Präjudicium (Band XV, 45) bezüglich eines Genuskaufes von Walz- oder Stabeisen aufgestellt hat, allgemein anzuwenden.[29])

[29]) Gegenstand des Kaufes war eine bestimmte Quantität Walz- oder Stabeisen; die Specification, die Bestimmung der Formen ist hier üsancemässig dem Käufer überlassen. Es wird die Ansicht für unbe-

In allen anderen Fällen steht es dem Verkäufer zu, wenn der Käufer nicht zulassen will, dass ihm zur verabredeten Zeit zugemessen werde, einseitig die Quantität auszuscheiden. Es ist zu beachten, wie allerdings auch hier damit die ausgeschiedene Quantität auf Gefahr des Käufers lagert: aber ohne die Zumessung an den Käufer, ohne Tradition, ohne sonstige Erklärung der Dispositions-Entäusserung zu Gunsten des Käufers und an den Käufer. Ist der Verkäufer im Stande, die Zumessung in Gegenwart des Käufers zu vollziehen, — um so besser, dann ist schon aus diesem Grunde die Gefahr beim Käufer, aber fehlt sie, so schadet es nichts. — Es gilt dann auch hier der Satz: sobald die species ausgeschieden, belastet sie den Käufer, wenn sie untergeht oder sich mindert oder schlechter wird.

D. Da, wie bemerkt, der Empfangsverzug durch den Käufer keinerlei innere Änderung in der Normirung des periculi bei Obligationen im Allgemeinen, wie beim Kaufe im besonderen zur Folge hat, sondern nur den Schuldner, d. i. den Verkäufer berechtigt, Ersatz des Interesses zu fordern: so ist es erklärlich, dass auch formell der Untergang der Sache anders wirken muss, je nachdem casus die Sache betroffen, da das periculum nicht mehr den Schuldner anging oder da der Käufer nur in mora war.

Im einen Falle wirkt der Umstand ipso jure; im letzteren Falle vi exceptionis.

Im letzten Falle giebt Schuldner das Klagefundament zu: aber es ist dolus, dass Gläubiger die per se begründete

---

gründet erklärt, dass, wenn der Käufer nicht innerhalb der bestimmten Frist specificire, der Verkäufer berechtigt sei, die gekaufte Waare selbst zu specificiren und zu offeriren. Vielmehr ist hier, wenn der Käufer seine Verpflichtung', zu specificiren, nicht erfüllt, die Realoblation ausgeschlossen. Eben deshalb ist die Erklärung des Verkäufers, erfüllen zu wollen, wofern Käufer die Specification vorgenommen haben würde, genügend, um den Käufer in Verzug zu setzen. „Wenn der Verkäufer auf Grund des Art. 343 verkaufen wollte, . . . so konnte er nur Stabeisen erster westfälischer Qualität, mit der Befugniss des Käufers, zu specificiren, verkaufen."

Forderung geltend macht: da ja nur durch des Gläubigers Verzug die Tilgung der Forderung hintenangehalten worden ist.

Dieses ist auch zum Überflusse in der l. 72 pr. D. de sol. 46, 3 ausgesprochen, welche besagt, es käme der Schuldner in solchem Falle exceptione doli se tueri.

Speciell, was den Kaufvertrag anlangt, so wird dieser Umstand, dieser formale Unterschied für das römische Recht nothwendig verdunkelt durch die Bestimmungen über judicia bonae fidei. Da in diesen Processen der Geschworene angewiesen wird, ex officio die Frage des dolus zu berücksichtigen und bonae fidei judiciis exceptio doli inest: so wird hier ein processualischer Unterschied nicht gemacht, ob nun die Waare während der mora des Käufers casu zu Grunde ging, oder aber die Waare nach Übergabe an den Fuhrmann z. B. vernichtet wurde.

Es wird von vornherein der Käufer zur Zahlung condemnirt werden, wenn Verkäufer das pretium einklagt: selbst wenn die Waare noch nicht ausgeschieden war, sondern nur Käufer die Annahme verweigerte und die Waare darauf casuell unterging. Die Berücksichtigung des käuferischen Vorzuges findet auch hier ipso jure statt. Es kann dies aber freilich nicht den materiellen Unterschied beider Fälle wegwischen. Folgerungen für processualische Fragen des geltenden Rechts werden stets auf Grund der internen Verschiedenheit zu ziehen sein.

E. Die mora des Verkäufers anlangend, so ist diese, wenn die Waare gebracht oder geholt werden sollte, ohne Einfluss auf den Übergang der Gefahr, weil der letztere dann schon aus dem Grunde nicht eintreten kann, dass der Verkäufer die Dispositions-Entäusserung nicht vorgenommen hat. Sollte aber die Waare übersendet werden und geräth der Verkäufer nach erfolgter Übergabe an den Übermittler in Verzug, indem er beispielsweise nachträglich dem Spediteur die Übergabe der Waare untersagt, dann haftet er für die zufällige Verschlechterung oder Vernichtung, welche die Waare nach dem Eintritte der mora erleidet, trotz der ursprünglich vorangegangenen Dispositions-Entäusserung.

VII.

Codificationen.

§ 19.

a. Preussisches Recht.

Während das preussische Recht im Principe das deutschrechtliche System an Stelle des römischen Satzes eingeführt hat, wurde es bezüglich des Genuskaufes durch den damaligen Stand der Wissenschaft inducirt, keinen Unterschied zwischen Genuskauf, bei welchem durch Zumessen die Waare, und Kauf ad mensuram, bei welchem durch Zumessen der Preis gefunden wird, aufzustellen; so wenig als dieses die übrigen Codificationen gethan haben. Es ist denn auch vom gemeinrechtlichen Standpunkte auffällig, wenn Förster in seiner Darstellung (S. 108) Gattungs- und Mengekauf als emtio ad mensuram anführt. Ebenso wenn bezüglich dieser emtio ad mensuram besagt wird, dass der Leistungsgegenstand nicht nach seiner individuellen, concreten Beschaffenheit bestimmt werde. Für das gemeine Recht ist bei der emtio ad mensuram möglicherweise gerade das Gegentheil wahr: für die Theorie des gemeinen preussischen Rechts ist es gewiss richtig.

Das einfache Princip, dass im preussischen Rechte für Genuskauf und emtio ad mensuram ohne Unterschied gilt, ist ausgesprochen in § 207 Th. I Tit. 11: Hat der Verkäufer ein bestimmtes Maass oder Gewicht, oder eine gewisse Zahl bei der Sache zu gewähren sich ausdrücklich verpflichtet und es fehlt etwas daran bei der Übergabe, so ist der Käufer die Sache anzunehmen nicht schuldig.

Trifft ein Zufall das gesammte genus, aus dem verkauft worden ist, so findet die allgemeine Vorschrift des § 364 Th. I Tit. 5 Anwendung, mit andern Worten, „es wird der Vertrag für aufgehoben angesehen."

Als besonderes Rechtsgeschäft behandelt das allgemeine Landrecht den sogenannten Lieferungsvertrag. Das unterscheidende soll nach einer Meinung — Hofmann a. a. O.

S. 131 — darin liegen, dass beim Kaufe schlechtweg der Käufer Tradition ausgemacht habe: dagegen beim Lieferungsvertrage habe sich Verkäufer nur verpflichtet, an einem gewissen Termine die noch nicht in seinem Vermögen befindliche Waare zu haben, bezüglich sie angeschafft zu haben; er sei gehalten, sie bis zu einem gewissen Termine für den Käufer zu verschaffen. Es wird aber auch gesagt: der Lieferungsvertrag sei ein Vertrag, dessen Inhalt ein facere: der Kaufvertrag ein solcher, dessen Inhalt ein dare sei.

Die ganze Lehre wird durch den Grundirrthum beeinflusst, als sei das „dem Contrahenten eine Waare verschaffen" thatsächlich und juristisch unterschieden von der Tradition. Wie man die Bedeutung des Wortes „verschaffen" aber auch nehmen möge, eine logisch und praktisch zulässige, von der Tradition abweichende giebt es nicht.

Nach der richtigen Ansicht Försters ist der Lieferungsvertrag ein Genuskauf, bei welchem an einem gewissen Termine nach Abschluss geleistet und diese Leistung beim Käufer erfolgen soll. Dass, wie Hofmann S. 131 meint, Voraussetzung dieses Geschäfts sei, dass Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses die Waare noch nicht in seinem Vermögen habe, dass er vielmehr erst dieselbe sich verschaffen müsse, dieses wird wohl nicht anzuerkennen sein. Was würde es auch für einen Unterschied vernünftigerweise begründen, ob oder ob nicht Verkäufer das zu liefernde Object bereits vor der Lieferungszeit hatte; wofern eben nur an dem ausgemachten Termine nach Abschluss geliefert werden soll und geliefert worden ist. Es fehlt jedes Interesse für solch eigenthümliche Natur des Vertrages.

Doch ist die Theorie sehr bestritten, wie überall, wo sich etwas schiefes in ein Rechtssystem eingeschlichen hat.

Eine besondere, sehr wichtige Unterart dieser berührten Lieferungsverträge, welche letztere übrigens allgemein für Kaufverträge zu erklären sich das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch die Mühe gegeben hat, sind diejenigen Genuskäufe, welche man Fixgeschäfte nennt. Es begreift dieser Name nach der in verschiedenen Erkenntnissen des R.-O.-H.-G. (Entsch. II S. 93, III S. 275, IV S. 164) ausgesprochenen

Meinung diejenigen Lieferungsverträge, in denen die vereinbarte Erfüllungsfrist nach der Absicht der Contrahenten eine wesentliche Bedingung des Geschäftes sein soll, dergestalt, dass die Leistung weder früher noch später, sondern nur an einem gewissen Termine gefordert werden dürfe.

b. Französisches Recht.

Die einzige Stelle, welche im code den Übergang der Gefahr beim Genuskaufe und auch nur implicite behandelt, ist der art. 1585: „Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc (also die emtio in aversione ist gemeint) mais au poids, au compte, ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées."

Nach dem Gegensatze zu der vente en bloc sollte man meinen, dass besonders die emtio ad mensuram behandelt sei: indessen nimmt die französische Jurisprudenz an, dass hier nur Genuskäufe über eine Quantität normirt sein sollen; während die emtio ad mensuram mit scharfer Hervorhebung ihres Charakters als Specieskaufes dem Kaufe in Bausch und Bogen zur Seite gestellt wird als vente en bloc moyennant au prix fixé à raison de tant la mesure. Vgl. die bei Hofmann citirten Schriftsteller.

Entsprechend dem von uns dargelegten Resultate bestimmt ferner der code de commerce art. 100 für den Fall, dass Waaren gesendet werden sollen: La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient u. s. w. Das „appartient" ist aus dem bekannten Satze des französischen Rechtes zu erklären, welches nach seinem „systeme plus raisonnable" Eigenthum mit dem blossen Vertragsabschlusse übergehen lässt.

c. Österreichisches Recht.

Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch behandelt den fraglichen Punkt überhaupt nicht.

Dasselbe stellt als Princip, wie das preussische Recht, auf, dass bis zur Tradition der Verkäufer die Gefahr trage, und, wenn er nicht leisten könne, der Käufer auch nicht zur Leistung anzuhalten sei.

Regelmässig wird also kein Interesse vorhanden sein, die in genere normirte Leistung zu specialisiren, ehe zu liefern ist.

Geschieht das aber, dann ist die species als Waare zu behandeln, wie jede andere von Anfang in specie fixirte Waare, was zwar nicht für die Gefahr direct einen Unterschied erwirkt, aber doch vielleicht wegen der anderweitigen Normirungen des österreichischen Rechtes, namentlich bezüglich der Bestimmungen bei der mora, wichtig sein kann.

d. Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Das Handelsgesetzbuch lässt die Bestimmungen der bürgerlichen Rechte unberührt.

Wenn die Waare versendet werden soll, dann bestimmt das H.-G.-B. art. 345, wie im code de commerce der art. 100, dass sobald an den Spediteur, den Fuhrmann und überhaupt an die Mittelsperson übergeben worden ist, die Waare auf Gefahr des Käufers reist. Es ist Kaufmannsbrauch, ausdrücklich solches noch auszumachen und besonders hinzuzufügen, dass die Übersendung auf Gefahr und Kosten des Adressaten erfolge.

Eine Ausnahme statuirt das A. D. H.-G.-B., wenn ohne justa causa der Übersender von der ausgemachten Route abgewichen ist, oder wenn er vertragsmässig am Bestimmungsorte zu liefern hat. Dieses letzte ist nichts anderes, als dass, wenn vertragsmässig der Verkäufer sich verpflichtet hat, die Waare zu bringen, dass alsdann er selbst erst mit der Tradition beim Käufer die Gefahr auf denselben überträgt. Diese Bestimmungen sind im Einklang mit den Theorien des gemeinen Rechts.

Wenn wir die mannigfachen Zweifel erwägen, welche der römische Satz über die Gefahr beim Kaufe und besonders beim Kaufe generisch bestimmter Waare im Gefolge

hat, wenn wir andrerseits erwägen, dass eine fast fünfhundertjährige Reception nicht im Stande gewesen ist, dem deutschen Rechtsgeiste diese Sätze probabel zu machen, — dann steht zu hoffen, dass das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch dem deutschen Volke bringen wird, was das preussische und das österreichische Gesetz in ihren Rechtsgebieten gebracht haben: die Befreiung von dem römischen Satze: der Käufer trägt die Gefahr vom Abschlusse an; die Wiederaufnahme des deutschen Satzes: der Verkäufer trägt die Gefahr bis zur Übergabe.

Es ist fest darauf zu rechnen, dass die deutsche Normirung als Reichsrecht erstehen werde.

Das Recht soll doch nichts sein, als eine Abstraction aus den thatsächlichen Lebensanschauungen der staatlichen Genossenschaft: das Gesetz aber die Darstellung dessen, was dieser als Recht gilt. Mit einer solchen Normirung würde die Gefahr der Verschlechterung und des Untergangs beim Genuskaufe aufhören, eine besondere Beantwortung zu verlangen.

Lebenslauf.

Ich, Ludwig Flatau, jüdischen Glaubens, bin am 29. Juni 1858 zu Breslau geboren, Sohn des daselbst ansässigen Kaufmanns Sigismund Flatau und seiner Ehefrau Marie, geb. Bächer. Den Vorbereitungs-Unterricht erhielt ich an der Wanckel'schen Privatschule; als Schüler des Gymnasium zu St. Maria Magdalena habe ich Ostern 1876 das Abiturienten-Examen bestanden. Während der akademischen Studienzeit war ich je ein Semester an den Universitäten zu Genf und Strassburg, zwei Jahre an der Breslauer Universität immatriculirt. Ich hörte die Vorlesungen der Herren Professoren Schwanert, Schulze, Gierke, von Bar, Gitzler, Eck, Seuffert, Merkel, Sohm, Laband, denen allen ich zu tiefstem Danke verpflichtet bin. Seit dem 10. Juni 1879 bin ich als Referendar im Bezirke des Ober-Landesgerichts Breslau beschäftigt.

Thesen.

I.

Beim Schiedsvertrage erfolgt die unmittelbare Bestimmung des Obmanns nicht nothwendig durch die Parteien.

II.

In tit. LVII des alamannischen Volksrechts wird durch die Worte „colonus regis“ und „colonus ecclesiae“ ein freier Hintersasse auf Königsgute und Kirchengute bezeichnet.

III.

Durch § 247 der Civilprocessordnung ist die exceptio spolii beseitigt.

IV.

In l. XV (XVI) D. de dolo malo (IV, 3) wird die Delictsfähigkeit einer juristischen Person anerkannt.